



كلية الشريعة والقانون بأسيوط

الاستحسان بين الإقرار والإنكار

دراسة أصولية

إعداد

د/ مصطفى فرغلى جارحى

مدرس أصول الفقه بكلية الشريعة والقانون

جامعة الأزهر بأسيوط

مقدمــة البحــث

الحمد لله الذى جعل العلم دليلاً للوصول إلى معرفة ذاتــه سبحانه وتعالى، وجعل للمؤمنين نوراً فـــى قلوبــهم يســتدلون ويبصرون به أنوار وأسرار حكم الله فى الأمور، وجعــل ديــن محمد من خير أديان البرية دينا، ورتب له أصولاً وأركاناً أقامــها سيد الخلق صلى الله عليه وسلم، وأمر الناس باتباعــها والســير عليها بوسطية دون إفراط أو تفريط. وأمر كل من أتبعه ألا يحيد عن طريقه أو يخالف نهجه وأن يدعو بدعوته إلى يــوم الديــن. قال تعالى: **﴿قل هذه سبيلى أدعو إلى الله على بصيرة أنا ومــن اتبعنى وسبحان الله وما أنا من المشركين﴾** [1].

وهذا الدين الحنيف له أصول ثابتة دائمة إلى يوم الديــن، وهى الكتاب السنة والإجماع والقياس، وهى الأدلة المتفق عليــها غالباً، وكذلك الأدلة المختلف فيها، لأنها مأخوذة عـــن اجتــهاد العلماء فى هذه الأمة، فما اتفقوا عليه يؤخذ به فى الاستدلال مــن غير تردد وما اختلفوا فيه يؤخذ منه ما شاء الله ويترك منه مـــا شاء الله والجميع مجتهدون يخطئون ويصيبون، فليس هناك بشــو

([1]) سورة يوسف آية ١٠٨.

معصوم إلا الأنبياء المرسلون، وهذا ما قرره أهل السنة والجماعة(١).

والمتفق عليه هو الأساس فى الاستدلال على الأحكام وهو ما كان مأخوذاً من الكتاب والسنة المطهرة عن النبى صلى الله عليه وسلم صاحب الأصول الزاهرة فالقرآن الذى نزل به جبريل عليه السلام، وهو المقطوع ثبوتاً لا ريب فيه ولاشك، قال تعالى: **﴿ألم ذلك الكتاب لا ريب فيه هدى للمتقين﴾** (٢). **﴿إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون﴾** (٣).

وكذلك السنة المطهرة التى نطق بها رسول الله صلى الله عليه وسلم، ما بين جواب عن سؤال وتوضيح لما كان أشكل فى حياة الناس الدنيوية أو الدينية وهذا واضح فى كثير من الآيات والأحاديث لا يخفى. وأما صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد ساروا على نهجه فى كيفية استنباط الأحكام فكانوا يبحثون عن حكم المسألة فى كتاب الله، فإن لم يجدوا فيبحثون فى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فإن لم يجدوا بحثوا عن النظير والشبيه والمثيل وصولاً إلى الحق وحسبنا فى ذلك خطاب

---

(١) ينظر: شرح المنار للكاكى ١/١٠٧: ١١٢ مقدمة الكتاب.
(٢) سورة البقرة آية ١، ٢.
(٣) سورة الحجر آية ٩.

عمر رضى الله عنه إلى أبى موسى الأشعرى[1] حيث قال له موجهاً، ومرشداً، ومذكراً، ومخوفاً إياه من أن يظلم أحداً أو أن يسكت على حق، أو أن يخطأ فى حكم ثم يتضح له الصواب بعد ذلك ولا يرجع إليه.

أما بعد،،،...

"فإن القضاء فريضة محكمة، وسنة متبعة فافهم إذا أدلى إليك، فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له، لا يمنعك قضاءاً قضيته راجعت فيه نفسك، وهديت فيه لرشدك أن تراجع الحق فإن الحق قديم ومراجعة الحق خير من التمادى فى الباطل، الفهم الفهم فيما يختلج فى صدرك، مما لم يبلغك فى كتاب ولا سنة، أعرف الأمثال والأشباه ثم قس الأمور عندك، فاعمد إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق فيما ترى[2]" أهـ ونحن إذا قرأنا هذه العبارات التى وردت فى خطاب أمير المؤمنين عمر بن الخطاب إلى الصحابى الجليل أبى موسى الأشعرى رضى الله عنه[3]، نرى

---

(١) ستأتى ترجمته فى الصفحة التالية.

(٢) ينظر الأشباه والنظائر للإمام السيوطى ص٦، ٧.

(٣) أبو موسى الأشعرى هو عبد الله بن قيس بن سليم بن حضار.

الأشعرى: أبو موسى من المهاجرين إلى الحبشة ولى على الكوفة والبصرة حدث عن النبى أكثر من ثلاثمائة وخمسين حديثاً. ينظر تهذيب التهذيب ٣٦٢/٥ وسير أعلام النبلاء ٣٨٠/٢.

أن أمير المؤمنين وجهه إلى كيفية الوصول إلى الحقوق عند عدم وجود النصوص الدالة على ذلك ومن أهم ما أشار له عليه قوله: فاعمد إلى أحبها وأشبهها بالحق، وهنا توجيه منه إلى أن الشئ قد يكون له أشباه، ونظائر كثيرة والنظير قد يخالف نظيره، فلابد أن يكون هناك تأمل دقيق لكى يعرف أى الأشباه قريب من الحق.

وقول أمير المؤمنين رضى الله عنه (فيما ترى) هذه إشارة إلى أن المجتهد يبحث عن الوصول إلى الحق، لأنه مكلف بإصابته قدر استطاعته على الراجح من أقوال العلماء.

وفيه إشارة إلى أن المجتهد يصيب ويخطئ،و لكنه يبذل جهده فى الوصول إلى ما يظنه أنه الصواب وإذا كان أمير المؤمنين قد أشار إلى أن المجتهد يجب عليه أن يبذل وسعه وجهده للوصول إلى ما يظنه أنه الصواب بحيث يقيس الشبيه على الشبيه والنظير على النظير[1]، فالقياس هنا جزء من الاجتهاد، وهذه إشارة أخرى إلى أن القياس موجود فى كثير من المسائل ولا غنى للمجتهد عنه فهو جزء من الاجتهاد يلجأ إليه المجتهد عند عدم وجود نص أو إجماع، لأن الاجتهاد أعم من القياس، والاستحسان جزء من القياس والاستحسان هو القياس

([1]) ينظر الأشباه والنظائر للسيوطى المقدمه ص٦، ٧.

الخفى وأما القياس الجلى فهو الذى يثبت بالنص فيكون النـــص هو الذى دل على حكم المقيس بطريق البيان، والنـــص خـــلاف المعنى[1].

والحكم فى المقيس عليه يكون موجوداً معنى ولذلك أردت أن أميط اللثام عن دليل الاستحسان، وأبين ما فيه مـــن مذاهـــب العلماء من حيث كونه حجة أم لا، وألحق الفروع فيه بـــالأصول، لتظهر ثمرة البحث إن شاء الله تعالى، وقد أسميته، الاستحســـان بين الإقرار والإنكار وقد قسمته ستة مباحث أعرضها فيما يلى.

---

(1) ينظر كشف الاسرار للبخارى ص٧٤. وينظر فيما لا نص فيه د/ الطيب خضرى ص١٨.

خطـة البحـث

المبحـث الأول

تعريف الاستحسان والفرق بينه وبين المصلحة

المطلب الأول: تعريف الاستحسان لغة.

المطلب الثاني: ورود لفظة الاستحسان فـي الكتـاب والسـنة وعند الأئمة.

المطلب الثالث: تعريف الاستحسان في الاصطلاح.

المطلب الرابع: الفرق بين الاستحسان والمصلحة المرسلة.

المبحـث الثانـي

تحرير محل النزاع وقول الأئمة في الاستحسان

المطلب الأول : تحرير محل النزاع في مقولة الاستحسان.

المطلب الثاني: قول الحنفية في الاستحسان.

المطلب الثالث: بيان معنى قوة الأثر وضعفه.

المطلب الرابع: قول المالكية في الاستحسان.

المطلب الخامس: قول الشافعية في الاستحسان.

المطلب السادس: قول الحنابلة في الاستحسان.

المبحـث الثالـث

الاستحسان عند غير الأئمة الأربعة

المطلب الأول: الاستحسان عند شيخ الإسلام ابن تيمية.

المطلب الثانى: قول ابن حزم فى الاستحسان.

المطلب الثالث: قول الشيعة فى الاستحسان.

المطلب الرابع: خلاصة أقوال العلماء فى الاستحسان.

المبحـث الرابـع

حجية الاستحسان

المطلب الأول: أدلة المنكرين والرد عليها.

المطلب الثانى: أدلة القائلين بالاستحسان.

المبحـث الخامـس

أقسام الاستحسان وتعارضه مع غيره

المطلب الأول:

أقسام الاستحسان من حيث قوة الأثر وضعفه.

حكم تعارض الاستحسان مع غيره من الأدلة

المسائل التى يقدم فيها القياس على الاستحسان.

أنواع الاستحسان من حيث ثبوته بالدليل.

المبحث السادس

أحكام أخرى متعلقة بالاستحسان

المطلب الأول: هل يتعدى الحكم المستحسن إلى حكم آخر؟.

المطلب الثاني: فروع مخرجة على الاستحسان.

المطلب الثالث: ما يشبه الاستحسان فى القانون؟.

خاتمة البحث.

فهرست المراجع والموضوعات.

المبحث الأول

في

تعريف الاستحسان

المطلب الأول

تعريف الاستحسان فى اللغة

المطلب الثانى

ورود لفظة الاستحسان فى الكتاب والسنة وأقوال الأئمة

المطلب الثالث

تعريف الاستحسان فى الاصطلاح

المطلب الرابع

الفرق بين الاستحسان والمصلحة المرسلة

المطلب الأول

تعريف الاستحسان لغة

الاستحسان لغة على وزن استفعال، وهو مشتق من الحسن، وهو عد الشيئ حسنا[١]، وقيل: الحسن ما حسن من كل شئ، ويطلق على ما يميل إليه الإنسان ويهواه حسياً كان أو معنوياً، وإن كان مستقبحاً عند غيره[٢]، وحسن الشئ فهو حسن، ويقال للأنثى حسنة، ويقال: امرأة حسناء أى ذات حسن، وجمعه حسان على وزن جبل وجبال، وأحسنت أى فعلت الحسن، كما يقال أجاد إذا فعل الجيد، وأحسنت الشئ إذا عرفته وأتقنته[٣] ويقال: استحسن الرأى أو القول واستحسن الطعام أو الشراب أى عده حسناً[٤]، ويقال: هذا مما استحسنه المسلمون، أى مما عدوه حسنا.

وقيل فيه: إن معناه طلب الأحسن للإتباع الذى هو مأمور به[٥].

---

(١) ينظر لسان العرب ١١٧/١٣ ط دار صادر.

(٢) القاموس المحيط ٢١٤/٤.

(٣) المصباح المنير ١٤٦/١.

(٤) المعجم الوسيط ص١٧٤.

(٥) مختار الصحاح ص٤٩٠.

المطلب الثانى

ورود لفظة الاستحسان فى الكتاب والسنة وعند الأئمة

وردت لفظة الاستحسان فى القرآن الكريم فى كثير من المواضع.

قال تعالى: **﴿فبشر عباد الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه﴾**[1].

قال تعالى: **﴿وأمر قومك يأخذوا بأحسنها﴾** [2].

قال تعالى: **﴿ ومن أحسن قولا ممن دعا إلى الله وعمل صالحاً وقال إننى من المسلمين﴾** [3].

وقال تعالى: **﴿الله نزل أحسن الحديث كتاباً متشابهاً مثانى تقشعر منه جلود الذين يخشعون ربهم ثم تلين جلودهم وقلوبهم إلى ذكر الله﴾** [4].

وأما ورود لفظة الاستحسان فى السنة:

---

(1) سورة الزمر الآية ١٨.

(2) سورة الأعراف آية ١٤٥.

(3) سورة فصلت آية ٣٣.

(4) سورة الزمر آية ٢٣.

ما روى عن ابن مسعود رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن"[1].

وقال صلى الله عليه وسلم: "أقربكم منى مجلساً يوم القيامة أحسنكم أخلاقاً"[2] وفى رواية "أحب عباد الله إلى الله تعالى أحسنهم خلقاً"[3].

وقد وردت لفظة الاستحسان فى كلام الأئمة رضى الله عنهم فقد نقل عن الإمام أبى حنيفة رضى الله عنه أنه كان يناظر أصحابه فينازعون المقاييس وينتصفون منه، ويعارضونه حتى إذا قال: استحسن لم يلحق به أحد فيذعنون له[4] وقد نقل عن الإمام مالك رضى الله عنه أنه قال: الاستحسان تسعة أعشار العلم. وقال بعض المالكية: الاستحسان فى العلم قد يكون أغلب

---

(1) أخرجه الإمام أحمد فى مسنده ٣٧٩/١ وذكره الهيثمى فى مجمع الزوائد ١٧٧/١.

(2) روى أبو داود حديثاً قريبا من ذلك فقال: أكمل المؤمنين إيماناً احسنهم خلقا باب رقم ١٤ وذكره الإمام أحمد ٣٥٠/٣ و٤٧/٦ وذكر هذا الحديث فى كشف الخفا ومزيل الالباس ١٦٠/١.

(3) ذكر البخارى فى الأدب باب رقم ٣٨، ٣٩ من أخيركم أحسنكم خلقاً وأبو داود باب ١٤ والنسائى فى الرضاع باب رقم ١١ وذكر العجلونى الحديث بلفظه فى كشف الخفا ٥٤/١.

(4) مناقب أبى حنيفة للموفق المكى ٨٢/١.

من القياس، وأن المفرق فى القياس يكـــاد يفـارق السـنة وأن الاستحسان عماد العلم[1].

وقال الإمام الشافعى رضى الله عنه فى المتعة:

استحسن أن تكون ثلاثين درهما، واستحسن ثبوت الشـفعة للشفيع إلى ثلاثة أيام، واستحسن ترك شيئ للمكاتب مـن نجـوم الكتابة[2].

وقال ابن السبكى[3]: قال الشافعى[4]:

مراسيل ابن المسيب حسنة، ونسب الغزالى إلى الشـافعى أنه استحسن التحليف على المصحف. ونقل القاضى أبو يعلى[5]،

---

(1) الموافقات للأمام الشاطبى ٤/١١٨، والاعتصام ٢/٣٢٠.

ويـنظر نشر البنود على مراقى السعود للشيخ عبـد الله إبراهيـم العلـوى ٢/٢٥٥٥: ٢٥٧.

(2) التبصـرة للشـيرازى ص٤٩٢ وص ٢٩٣، والمسـتصفى للغزالـى ١/٢٧٤، والمنخول أيضاً ص٣٧٤.

(3) وهو الإمام عبد الوهاب بن على بن عبد الكافى أبو نصر فقيه أصولى لـه مـن المصنفات جمع جوامع توفى عام ٧٧١هـ، شذرات الذهب فى أخبار من ذهب لابـن العماد ٦/٢٢١.

(4) هو الإمام محمد بن إدريس الشافعى المشهور إليه بنسب مذهب الشافعية وأول من جمع علم الأصول توفى فى عام ٢٠٤هـ، طبقات الفقهاء للشيرازى ص٧١.

(5) وهو محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن أحمد الفراء يكنى بأبى يعلـى فقيـه عالم أصولى حنبلى المذهب توفى ٤٥٨هـ، الفتح المبين ص١/٢٥٤.

أن الإمام أحمد[١] رضى الله عنه أطلق القول بالاستحسان فى مسائل منها، قوله فى رواية صالح[٢] فى المضارب إذا خالف المضارب فأشترى غير ما أمر به صاحب المال، فالربح لصاحب المال، وللمضارب أجرة المثل، ما لم يحط الربح بأجرة المثل فإذا أحاط الربح بأجرة المثل فيذهب، وكنت أذهب إلى أن الربح لصاحب المال ثم استحسنت[٣].

---

(١) وهو الإمام أحمد بن محمد بن حنبل الشيبانى يلتقى نسبه مع النبى صلى الله عليه وسلم فى نزار صاحب المذهب المشهور توفى عام ٢٤١هـ.

(٢) صالح بن الإمام أحمد بن حنبل تلقى عن أبيه وكان الناس يرسلون إليه ليسأل أباه فى بعض المسائل توفى عام ٢٦٦هـ، طبقات الحنابلة ١٧٣/١.

(٣) ينظر رفع الحاجب عن ابن الحاجب ٣٧٤/٢، والمنخول للغزالى ص ٣٧٤، والعدة للقاضى أبى يعلى ١٦٠٤/٥، والتمهيد ٨٧/٤، وروضة الناظر ٤٠٧/١، وشرح الكوكب ٤٢٧/٤، وأصول مذهب الإمام أحمد ص ٥١٠.

المطلـب الثالـث

تعريف الاستحسان فى الاصطلاح

اختلفت عبارات الأصوليين فـــى تعريــف الاستحســـان، وكثرت فيه أقوالهم من حيث عبارة التعريف، ومن حيث ما تـدل عليه العبارة فى التعريف أيضاً، وعلى هذا كانت هناك تعريفـات للاستحسان مقبولة، وتعريفات أخرى مردودة، وتعريفات ثالثـــة هى وسط بين المقبولة والمردودة، حتى بين أصحـــاب المذهــب الواحد.

أولاً: المقبول من التعريفات فى الاستحسان، قال الشـــيخ عبد العزيز البخارى[١] فى كشف الأسرار على أصـــول الإمـــام البزدوى[٢] وعرفه الإمام الكرخى[٣] بقوله:

هو العدول عن حكم مسألة بمثل ما حكم به فى نظائرهـــا إلى خلافه لوجه أقوى يقتضى هذا العدول. وعلق عليـــه الشـــيخ عبد العزيز البخارى بقوله: إنه يؤخذ عليه العـــدول فيـــه عـــن

---

(١) هو عبد العزيز بن أحمد بن محمد يلقب بعلاء الدين البخارى فقيه أصولى له كثير من المصنفات فى الفقه الحنفى توفى عام ٧٣٠هـ، الفتح المبين ١٣٦/٢.

(٢) هو الإمام على بن محمد بن الحسين بن عبد الكريم البزدوى فقيه أصولى حنفى له من المؤلفات كنز الوصول إلى معرفة الأصول، الجواهر المضيئة ٥٩٤/٢.

(٣) الإمام الكرخى وهو أبو الحسن عبيد الله بن الحسين الكرخى فقيه أصولى حنفى له مؤلفات فى الفقه والحديث والآثار توفى ٣٤٠هـ، ينظر تاج التراجم ص ١١٤.

العموم إلى التخصيص، وعن المنسوخ إلـــى الناســخ، وليــس كذلك[1] وعرفه صدر الشريعة فقال:

هو دليل يقابل القياس الجلى الذى يسبق إليه الأفهام، وهذا التعريف صححه صدر الشريعة[2] والكاكى[3] فى شرح المنـــار واستحسنه ابن ملك[4] فى شرحه على منار النسفى، وعلق عليــه فقال: هو اسم لدليل يعارض القياس الجلى، حيث إن التعريفيـــن قريبان فى العبارة إلا أن صدر الشريعة زاد على التعريف قولـه: يسبق إليه الأفهام، وعلى ذلك فيكون هذا التعريف أيضـــاً مــن التعريفات المقبولة عند الكثير من العلماء[5].

---

(1) ينظر كشف الأسرار على أصول البزدوى ٤/٤، ٥.

(2) هو عبيد الله بن مسعود بن تاج الشريعة، فقيه أصولى مفسر محدث أديب منطقــى له كثير من التصانيف منها التنقيح والتوضيح عليه، توفى عام ٧٤٧هـ، الفتح المبيــن ص٢/١٥٥.

(3) هو محمد بن محمد بن أحمد الخجندى السنجارى البخارى الحنفى، فقيه أصولــى تلقى العلم على يد الشيخ عبد العزيز البخارى له شرح الهداية، توفى عام ٧٤٩هـ.

(4) هو عبد اللطيف بن عبد العزيز الشهير بابن ملك كان مشهوراً بالحفظ فى كثــير من العلوم له حاشية على المنار وله كتب فى الحديث، توفى عام ٨٠١هـ، شــذرات الذهب ٣٢٤/٧ والفوائد البهية ص١٠٧.

(5) ينظر التوضيح على التنقيح ١٧١/٢، وينظر شــرح المنــار للكــاكى ١٠٥٤/٤، وينظر شرح المنار وحواشيه لابن ملك ص ٨١١.

ثانياً: من التعريفات المردودة والغير مقبولة عند كثير من العلماء ما ذكره سعد الدين التفتازانى[1] فى شرح التوضيح حيث قال: وقيل فيه: هو دليل ينقدح فى نفس المجتهد يعسر عليه التعبير عنه وعلق عليه قائلاً:

إن أريد بالانقداح ثبوت الدليل فلا نزاع فى وجوب العمل به وأما إن أريد بالإنقداح الشك فالعمل به باطل بلا خلاف[2] وقد ذكر الإمام الغزالى[3] هذا التعريف فى كتابه المنخول فقال: إنه دليل ينقدح فى نفس المجتهد لا تساعده العبارة عنه[4].

وقد وصف الإمام الغزالى هذا بأنه هوس، لأن ما لا يقدر على التعبير عنه، لا يدرى أهو وهم أم خيال أم حقيقة فلابد من ظهوره ليعتبر بأدلة الشرع لتصحيح الدليل أو تزييفه، أما الحكم بما لا يدرى ما هو؟ فمن أين يعلم جوازه.

---

(1) هو مسعود بن عمر بن عبد الله سعد الدين التفتازانى فقيه أصولى متكلم له حاشية على شرح العضد على مختصر المنتهى توفى عام ٧٩١هـ، الدرر الكامنة ١١٩/٥.

(2) ينظر التلويح على التوضيح لسعد الدين التفتازانى ١٧١/٢.

(3) الإمام الغزالى هو محمد بن محمد بن محمد الطوسى الغزالى فقيه أصولى متكلم له تصانيف منها المستصفى والمنخول ولد ٤٥٠هـ وتوفى ٥٠٥هـ، شذرات الذهب ١٠/٤-١٣.

(4) ينظر المنخول للإمام الغزالى ص٤٧٧، والمستصفى ٢٧٤/١.

وقال الإمام الغزالى[1] أيضاً:

إن معانى الشارع إذا لاحت فى العقول، انطلقت الألسنة بالتعبير عنها فما لا عبارة عنه لا يعقل.

وقال ابن قدامة[2] فى روضة الناظر معقباً على هذا التعريف:

الدليل الذى هو فى نفس المجتهد يتردد بين أن يكون حقيقياً أو وهماً فاسداً، ولا خلاف فى امتناع الأخذ به.

وإذا جاز أن يكون صحيحاً فلا خلاف فى أن يوجد به ويكون النزاع فى اصطلاح التسمية[3].

ومن التعريفات المردودة ما ذكره ابن قدامة فى روضة الناظر وهو ما يستحسنه المجتهد وقد أبطل هذا التعريف من وجهين:

---

(1) سبقت الترجمة له.

(2) هو الإمام موفق الدين أبى محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسى الحنبلى له روضة الناظر وغيره، توفى عام ٦٢٠هـ، ينظر روضة الناظر ١/٣-٧.

(3) ينظر المستصفى للإمام الغزالى والمنخول الصفحات السابقة، وينظر روضة الناظر لابن قدامة ٢/٤١١.

الأول: إن هذا التعريف إما أن يكون عقلياً أو سمعياً أو أنه معلوم من جهة العقل أو من جهة السمع، وكلاهما باطل أما من حيث كون البطلان من جهة السمع أو العقل فإنه لو كان معلوماً من جهة العقل أو السمع لكان ضرورياً أو نظرياً لأنه إذا علم من جهة السمع لدل عليه دليل متواتر أو آحاد ولم يوجد هذا الدليل من جهة السمع، وكذلك لم يوجد هذا الدليل من جهة العقل، وما لم يعرف من جهة العقل أو من جهة السمع يكون باطلاً.

ثانياً: إن الأمة أجمعت على أن العالم ليس له الحكم بمجرد الهوى والتشهى، من غير نظر فى الأدلة، والاستحسان من غير نظر فى الدليل يكون كذلك، وإذا كان العالم يستحسن عن هوى فلا فرق بين ما يستحسنه العامى وما يستحسنه المجتهد[1] **أما القسم الثالث:** من التعريفات وهو الذى يدور بين القبول والرد، هو العدول عن موجب قياس إلى قياس هو أقوى منه.

وقد انتقد هذا التعريف الشيخ عبد العزيز البخارى فقال: إنه لم يدخل فيه الاستحسان بدليل آخر، مثل الاستحسان الثابت

---

(1) ينظر روضة الناظر لابن قدامه ٤٠٧/١-٤١٠، وينظر شرح المنار لابن ملك ص٨١١.

بالأثر أو الإجماع أو الضرورة أو غير ذلك، وقيل فى تعريف الاستحسان أيضاً بأنه تخصيص قياس بدليل هو أقوى منه، وقد رد هذا التعريف، بأنه يشير إلى أن الاستحسان تخصيص كذلك[1].

وقال الإمام الغزالى[2] فى المنخول:

والصحيح فى ضبط الاستحسان ما ذكره الإمام الكرخى[3].

وقد قسمه إلى أربعة أقسام:

الأول: إتباع الحديث وترك القياس كما فى مسألة القهقهة فى الصلاة[4]، ونبيذ التمر[5].

---

(1) ينظر كشف الأسرار على أصول البزدوى ٤/٤، وينظر مذكرة أصول الفقه للشنقيطى ص١٦٧.

(2) سبقت الترجمة للغزالى.

(3) سبقت ترجمته ص١٧.

(4) رواه البيهقى فى السنن ١٤٦/١ عن أبى العالية أن رجلاً أعمى جاء والنبى صلى الله عليه وسلم يصلى فتردى فى بئر فضحك طوائف من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم من ضحك أن يعيد الوضوء، وأخرجه الهيثمى فى مجمع الزوائد ٢٤٦/١، والدار قطنى فى الطهارة ١٦٢/١.

(5) ورواية حديث النبيذ أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لابن مسعود ليلة الجن: ما فى إداوتك؟ قال نبيذ: قال: ثمرة طيبة وماء طهور وزاد الترمذى فتوضئ. رواه أبو داود فى الطهارة باب رقم ٨٤، وابن ماجه فى الطهارة رقم ٣٨٤، والترمذى فى المياه رقم ٨٨ والبيهقى فى السنن ٩/١.

الثاني: إتباع قول الصحابى على خلاف القياس فى تقديـر أجرة رد العبد الآبق بأربعين، اتباعاً لابـن عبـاس رضـى الله عنهما.

الثالث: إتباع عادات الناس، ومـا يطـرد بـه عرفـهم كمصيرهم إلى أن بيع المعاطاة صحيح، لأن الأعسار لا تنفـك عنهم ويغلب على الظن جريانه فى عهد النبى صلـى الله عليـه وسلم.

الرابع: إتباع معنى خفياً هو أخص بالمقصود وأمس لـه من المعنى الجلى[1].

([1]) ينظر المنخول للغزالى ص٤٧٧.

المطلب الرابع

الفرق بين الاستحسان والمصلحة

عرفنا سابقا أن الاستحسان هو:

العدول عن حكم فى مسألة إلى حكم آخر لدليل هو أقوى[1].

أو أنه هو الأخذ بأقوى الدليلين[2]، إلى غير ذلك من التعريفات التى سبق أن أشرنا إليها.

أما المصلحة فما هو المقصود بها؟.

المقصود بالمصلحة هى الأمور الملائمة لمقاصد الشارع ولم يقم دليل على اعتبارها أو إلغائها[3]. أو أنها أمور يترتب عليها جلب مصلحة أو دفع مضرة[4].

لأن قوام الإنسان فى الحياة الدنيا على تحصيل الدين وما فيه من مصلحة وتحصيل مصالح الدنيا وما فيها من منافع،

---

(1) ينظر التوضيح على التنقيح لصدر الشريعة ١٧١/٢.

(2) نشر البنود على مراقى السعود ٢٥٥/٢.

(3) أصول الفقه للشيخ أبو زهرة ص٢٧٩.

(4) ينظر التنقيحات فى أصول الفقه للسهر وردى ص٣١٦ تحقيق د/عياض السلمى كلية الشريعة بالرياض.

وعلى هذا كله يحتاج الناس إلى ما يجلب لهم الخير ويدفع عنهم الشر والضر[1].

وبما أننى أوضحت معنى الاستحسان ومعنى المصلحة فما هو الفرق الواضح بينهما؟ وهل الاستحسان يأخذ معنى المصلحة؟ أم أن هناك بينهما عمومية وخصوصية.

وعلى ذلك نفرق بين المصلحة والاستحسان فنقول:

اختلفت وجهة نظر العلماء فى وضع الفرق بينهما فنجد أن الإمام الشاطبى رضى الله عنه يقول فى الاعتصام:

أولاً: أن الاستحسان يؤخذ حيث يقدم المجتهد دليلاً على دليل آخر وهذا كلام جمهور المالكية. وأما المصلحة فإنها تؤخذ حيث لا يوجد لها دليل سوى أنها مصلحة يترتب عليها مصلحة من جلب المنافع، أو دفع المضار وذلك لرفع الحرج عن الناس.

وأما الشاطبى فيقول: لا فرق[2].

ثانياً: يقول الشيخ أبو زهرة فى كتابه أصول الفقه ليس هناك فرق بين الاستحسان والمصلحة لأن كلا منهما يجتمع فى مقصد واحد وهو الأخذ بالمصلحة بما يرفع الحرج عن الناس

---

(1) ينظر التنقيحات فى أصول الفقه للسهر وردى ص٣١٦ تحقيق د/عياض السلمى كلية الشريعة بالرياض.

(2) ينظر الاعتصام للإمام الشاطبى ٢/٣٢٤.

فيكون الاثنان متساويان، ورفع الحرج يكون بتخصيص مصلحة جزئية فى مقابل دليل كلى عام فيكون الاثنان متلاقيان فى أن كلا منهما يهدف إلى رفع الحرج[1].

ثالثا: يقول الشيخ زكى الدين شعبان: إن المسألة التى حكم فيها بالاستحسان لها نظير آخر عدل عنه إلى الاستحسان أما المسألة التى حكم فيها بالمصلحة ليس لها نظير والحكم ثبت فيها ابتداء[2].

رابعا: إن المصلحة أعم وأشمل من الاستحسان فكل استحسان مصلحة، وليست كل مصلحة استحسانا[3] فبينهما عموم وخصوص.

---

(1) أصول الفقه للشيخ أبو زهرة ص٢٦٤.

(2) أصول الفقه د/زكى الدين شعبان ص١٧٦.

(3) هذا ما فهمته من الفروق التى ذكرها العلماء.

المبحـث الثانـى

فـى

تحرير محل النزاع وأقوال الأئمة فى الاستحسان

المطلب الأول: تحرير محل النزاع فى مقولة الاستحسان.

المطلب الثانى: قول الحنفية فى الاستحسان.

المطلب الثالث: بيان معنى قوة الأثر وضعفه.

المطلب الرابع: قول المالكية فى الاستحسان.

المطلب الخامس: قول الشافعية فى الاستحسان.

المطلب السادس: قول الحنابلة فى الاستحسان.

المطلب الأول

تحرير محل النزاع فى مقولة الاستحسان

مما سبق عرضه من تعريفات للاستحسان يتضح أن هناك من يقول بالاستحسان وهناك من يذم الاستحسان وعلى ذلك فالذى نصل إليه فى تحرير محل النزاع بين العلماء فى هذا الدليل أنه:

- هل المقصود منه كيفية الاحتجاج به كدليل مثل سائر الأدلة؟.
- أم أن المقصود هو نبذ كلمة استحسان نفسها؟ ولكن الذى يفهم من كلامهم هو كيفية الاحتجاج بهذا الدليل، لأنهم جميعاً استعلموا لفظة الاستحسان فى تعبيراتهم، وكذلك أيضاً لا يقصد بالاستحسان ما يستحسنه المرء عن هوىً ويميل إليه، وإن كان قبيحاً عند غيره فهذا مردود بإجماع العلماء كلهم، والخلاصة فى ذلك هل النزاع فيه لفظى أم أن النزاع فيه موضوعى؟.

نقول:

النزاع على الراجح فى ذلك لفظى لأنهم جميعاً متفقون على بطلان القول فى الأحكام بغير دليل وكذلك متفقون على أن القول عن تشهى مردود.

لأن الحنفية يقولون به والمالكية أيضاً يقولون به، وأما الحنابلة والشافعية فكل منهم له وجهه فى ذلك إلا أنهم لم ينكروا الاستدلال بالاستحسان على وجه الإطلاق، بينما نجد أن الحنفية يجوزون تخصيص العلة وهذا هو الاستحسان الذى يخالف القياس كما عبر عن ذلك الإمام ابن تيمية رضى الله عنه وسيأتى كلامه[1].

كذلك نجد أن الشافعية اختلفوا فى جواز تخصيص العلة فمنهم من قال بجواز تخصيصها مثل الشيخ أبو الخطاب موافقاً لمذهب الحنفية، وأما القاضى أبو يعلى فهو يقول بمنع التخصيص ولكنه يجوز القول بالاستحسان على رأى الحنفية أيضاً، وكذلك المالكية والحنابلة اختلفوا فى جواز تخصيصها.

والخلاصة فى ذلك أن دليل الاستحسان، النزاع فيه لفظى لأنهم جميعاً قالوا به ولم ينكره أحد منهم، وفى كلامهم ما يدل على الأخذ به وها نحن نعرض كلام الأئمة رضى الله عنهم جميعاً لنصل إلى النتيجة النهائية وهى أن الاستحسان دليل قال

---

(1) ينظر نهاية السول للأسنوى ٣/١٤٠، أثر الأدلة المختلف فيها، د/ مصطفى ديب البغا ص١٢٣، ١٢٤، كتاب قاعدة الاستحسان للإمام ابن تيمية ص٤٨.

به الجميع وإن اختلفوا فى كيفية الاستدلال به فالاختلاف فى الوجهة لا يعنى إنكار الشئ[1].

وقال فى التلويح على التوضيح:

إن القائلين بالاستحسان يريدون به أحد الأدلة الأربعة وأما القائلون بأن من استحسن فقد شرع يريدون أن من يثبت حكماً من غير دليل من الشارع.

والحق أنه لا يوجد فى الاستحسان ما يصلح محلاً للنزاع فى التسمية[2]، وقد قال ابن السبكى إن الخلاف لفظى راجع إلى نفس التسمية وأن المنكر هو جعل الاستحسان أصلاً مغايراً لسائر الأدلة[3].

---

(1) ينظر شرح المنار للكاكى ١٠٥٤/٤، والتوضيح على التنقيح ١٧١/٢، وشرح المنار وحواشيه ص٨١١، والعدة للقاضى أبى يعلى ١٦١١٠/٥، وروضة الناظر ٤٠٦/١، وقاعدة فى الاستحسان لشيخ الإسلام ابن تيمية ص٤٨: ٦٠.

(2) ينظر التلويح على التوضيح ١٧١/٢.

(3) ينظر رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب لابن السبكى ٥٢٤/٤.

المطلب الثانى

فـــى

قول الحنفية فى الاستحسان

قال الإمام السرخسى فى المبسوط:

الاستحسان هو ترك القياس والأخذ بما هو أوفق للنـــاس، وقيل فيه: هو طلب السهولة فى الأحكام فيما يبتلى فيه الخـــاص والعام.

وقيل: الأخذ بالسعة وابتغاء الدعه.

وقيل: الأخذ بالسماحة وابتغاء ما فيه الراحة وحاصل ذلك أن الله يريد اليسر للناس وأن الاستحســـان هـــو تـــرك العســـر لليسر(١).

وقال الإمام البزدوى:

وكل من القياس والاستحسان على وجهين:

أما الأول وهو القياس، فالنوع الأول منه ما ضعف أثره.

وأما النوع الثانى وهو ما ظهر فساده واستترت صحتـــه، وأما الاستحسان فهو على نوعين أيضاً:

---

(١) ينظر. المبسوط للإمام السرخسى ١٠/١٤٥.

النوع الأول : منه ما قوى أثره وإن كان خفيا.

النوع الثانى : ما ظهر أثره وخفى فساده[1].

والاستحسان هو:

العدول عن موجب قياس إلى قياس هو أقوى منه وهـذا التعريف أشار إليه الإمام البزدوى، وعلق عليه الشيخ البخـارى فقال:

ولا شك أن القياسين إذا تعارضا فى حادثة وجب ترجيح أحدهما على الآخر ليعمل به ما أمكن، ولكن أحد القياسين سمى بالاستحسان إشارة إلى أنه الوجه الأولى، وأن العمـل بالقياس الأخر جائز كما جاز العمل بالطرد[2] وإن كان قوى الأثر أولى منه، ولما صارت العلة عندنا علة بأثرها سمينا الذى ضعف أثره استحسانا أى قياسا مستحسنا.

---

(1) أصول فخر الإسلام البزدوى مع شرح الشيخ عبد العزيز البخارى ٣/٤: ٤.

(2) أصول فخر الإسلام البزدوى مع كشف الأسرار للشيخ عبد العزيز البخارى ٦،٥/٤ وقد أشار إلى ما قال الإمام البزدوى الشيخ الطوفى شارح مختصر روضة الناظر ١٩٩/٣. حيث قال: وقد قرر محققوا الحنفية الاستحسان على وجه بديع فى غاية الحسن واللطافه ثم ذكر هذه العبارة للشيخ البزدوى.

وقال صدر الشريعة فى التنقيح:

وقد أنكر الناس العمل بالاستحسان جـــهلا منـــهم، فـــإن أنكروا التسمية فلا مشاحة فى الاصطلاح وإن أنكروا من حيـــث المعنى فباطل، لأننا نعنى به دليلا من الأدلة المتفق عليها يقع فى مقابل القياس الجلى، ويعمل به إذا كان أقوى من القياس[1].

قال الإمام البزدوى:

وقد أنكر بعض الناس على أصحابنا لجهلهم بالمراد، وإذا صح المراد وثبت أنا نقصد به اسما لأحد القياسين أو اسما للدليل فى مقابلة القياس فلا خلاف[2] لأحد فى صحة العمل به وعلـــى ذلك بطلت المنازعة.

وقد قال بعض المعارضين:

نحن لا ننازعكم فى الاستحسان بالمعنى الذى ذكرتم ولكن لا معنى لتخصيص هذا النوع من الدليل بتسميته استحسان[3] لأن كل الشرع سيكون استحسان.

---

(1) التنقيح لصدر الشريعة ٢/١٧١-١٧٢.

(2) ينظر أصول فخر الإسلام البزدوى ٤/١٧، ١٨ مع كشف الأسرار ما ذكره الإمام عبد العزيز البخارى فى كشف الأسرار نقله عن أبى المظفر الســمعانى فــى كتابــه قواطع الأدلة ٢/٧٢. وقد قال قريبا من هذا الشيخ صفى الدين الـــهندى فــى نهايــة الوصول فى دراية الأصول ٨/١٠٤.

(3) ينظر كشف الأسرار على أصول البزدوى للشيخ عبد العزيز البخارى ٤/١٨.

وأجيب عن ذلك.

إنه نزاع فى العبارة والنزاع فى العبارة لا طائل تحتـــه، لأنه لا مشاحة فى الاصطلاح، لأنهم وضعوا هذا الاســـم لـــهذا النوع من الدليل للتمييز بين الدليلين باعتبار وجود الحســن فـــى أحدهما دون الآخر، كما أن الخصوم وضعوا لكـــل نـــوع مـــن الاقيسة إسماً كقياس الدلالة وقياس العلة وقياس الشبه[1].

بيان معنى قوة الأثر وضعفه

المراد بقوة الأثر وضعفه فى القياس؛ أن القياس قد يكـون جلياً لوجود دليل ظهرت صحته وخفى فساده فيكـــون ضعيـف الأثر وأما الذى ظهر فساده وخفيت صحته فهو قوى الأثر.

فالصحة فى القياس الجلى تقابل الأثر فى القياس الخفـــى والضعف فى القياس الجلى يقابل الفساد فـــى القيـــاس الخفـــى والمراد بظهور الصحة فى الاستحسان، ظهورها بالنســـبة إلـــى فساد القياس الخفى.

والقياس الخفى لا ينافى الصحة بالنسبة إلى ما يقابله مـــن القياس الجلى، والمراد بخفاء الصحة فى القياس الجلى أنـــه لـــم

---

[1] شرح المنار وحواشيه لابن ملك ص٨١١-٨١٢.

ينضم إليه[1] ما يعطيه قوة ورجحاناً على وجه الاستحسان وهــو المراد بالقياس الخفى.

وقد مثلوا للقياس الجلى بنجاسة سؤر سباع الطيور كالباز والصقر والحدأة قياساً على سؤر سباع البهائم كالأســـد والفـــهد والذئب، لأن لعاب سباع البهائم متولد من لحمها ولحمها نجـــس فيكون لعابها نجساً[2].

وأما سباع الطيور، فالقياس أن لعابها نجس كلعاب ســـباع البهائم إلا أنه لما لم يرد فى سباع الطيور نص مثل غيره مـــن سباع البهائم وجد أن القياس هنا قياس ضعيف الأثر قليل الصحة فحكم بطهارة لعاب سباع الطيور على وجه الاستحسان.

لأن علة القياس فى سؤر سباع الطيور علة غير كاملـــة؛ لأن هناك فرقاً بين كيفية أكل كل منهما فسباع الحيـــوان تـــأكل بأنيابها ولعابها، وأما سباع الطيور تأكل بمناقيرها ولمـــا كـــان المنقار عظم، والعظم طاهر حكم بطهارة سؤر ســـباع الطيـــور على خلاف غيره من سؤر سباع البهائم.

وبهذا يكون قياس سؤر سباع الطيور على ســـؤر ســـباع البهائم قياس ضعيف الأثر غير مقطوع بصحته فيكـــون ســـؤر

---

(1) أى القياس الجلى.

(2) التلويح على التوضيح ٢/١٧٣، ١٧٤.

سباع الطيور طاهراً استحساناً فيقدم الاستحسان وهو الحكم بطهارة سؤر الطيور؛ لأن سؤرها غير مقطوع بنجاسته فيكون دليل الطهارة فيه قوى الأثر ويترك العمل بالقياس لأن دليل النجاسة فيه ضعيف الأثر.

وهذا معنى تقديم قوى الأثر على ضعيف الأثر[1].

مقابلة الفساد مع الصحة

وهذا معناه مقابلة القياس بالاستحسان، إذا كان القياس أقوى أثراً من الاستحسان وهنا يقدم القياس على الاستحسان؛ لأنه أقوى أثراً ويترك الاستحسان؛ لأنه أضعف أثراً. مثاله سجدة التلاوة فى الصلاة.

فإذا قرأ آية السجدة فى الصلاة فإذا كانت آخر السورة فإن شاء ركع بها ولكن الركوع يحتاج إلى نية بخلاف السجدة، وأما إذا كانت آية السجدة فى وسط السورة فينبغى أن يسجد لها ثم يقوم ويكمل القراءة ويجوز أن يقيم الركوع مقام السجود وهذا هو القياس وعليه الفتوى عند الحنفية ولكنه لا يجزئه فى الاستحسان.

---

(1) ينظر التلويح على التوضيح ٢/١٧٣-١٧٤، وكشف الأسرار على أصول البزدوى ٤/٩، وشرح المنار للكاكى ٤/١٠٥٦.

أما وجه القياس فى إجزاء الركوع مقام السجود فهو أن كلاً من الركوع والسجود متشابهان فى معنى الخضوع لله تعالى ولهذا أطلق الله على الركوع اسم السجود فقال تعالى: **﴿فخر راكعاً وأناب﴾** [1]. ولما ثبت وجه التشابه بينهما جاز أن ينوب الركوع مكان السجود وهذا هو الظاهر من القياس ولا يحتاج إلى كثير تأمل لأنه واضح وثابت بالنص[2].

وأما وجه الاستحسان فهو:

أن الركوع لا يجزئ عن السجود؛ لأن الله أمرنا بالسجود فى قوله تعالى: **﴿فاسجدوا لله وأعبدوا﴾** [3].

وذلك؛ لأن حقيقة الركوع تختلف عن حقيقة السجود ألا يرى أن الركوع فى الصلاة لا ينوب عن السجود فيها فلأن لا ينوب الركوع عن السجدة فهو أولى. وهذا هو الأثر الظاهر للقياس بأن المأمور به لا يتأدى بغيره فيفسد به وجه القياس بمقابلة الاستحسان، ولكن القياس هنا هو أولى بالعمل من الاستحسان؛ لأن سجود التلاوة لم يشرع قربة مقصودة بنفسه

([1]) سورة ص الآية ٢٤ "قال لقد ظلمك بسؤال نعجتك إلى نعاجه وإن كثيراً من الخلطاء ليبغى بعضهم على بعض إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وقليل ما هم ظن داود أنما فتناه فاستغفر ربه وخر راكعا وأناب".

([2]) ينظر شرح المنار للكاكى ١٠٦١/٤.

([3]) سورة النجم الآية ٦٢.

ولكن المقصود من ذلك هو ما يحصل به التواضع والخضوع لله، وذلك لمخالفة المشركين الذين امتنعوا عن السجود استكباراً والاقتداء بالمقربين الذين سجدوا لله تواضعاً وتقرباً، وهنا إذا ركع يسقط عنه سجود التلاوة؛ لأن المقصود هو السجود والتقرب إلى الله تعالى بخلاف سجود الصلاة حيث لا يجوز إقامة الركوع مقامه لقوله تعالى: **﴿يا أيها الذين آمنوا اركعوا واسجدوا﴾** [1]. وقوله صلى الله عليه وسلم: "مكن جبهتك على الأرض"[2].

---

(1) سورة الحج آية ٧٧ وتمامها: "يا أيها الذين آمنوا اركعوا واسجدوا واعبدوا ربكم وافعلوا الخير لعلكم تفلحون".

(2) الحديث أخرجه الترمذى بلفظ (أن النبى صلى الله عليه وسلم كان إذا سجد أمكن أنفه وجبهته من الأرض ونحى يديه عن جنبيه ووضع كفيه حذو منكبيه) الترمذى ٥٩/٢، والشوكانى فى نيل الأوطار ٢٧٨/٢، وينظر التلويح على التوضيح ١٧٤/٢، وشرح المنار وحواشيه ص٨١٤.

المطلب الثالث

فــى

قول المالكية فى الاستحسان

قال فى نشر البنود على مراقى السعود:

والأخذ بالذى له رجحان: من الأدلة هو استحسان.

وقد بين المقصود من ذلك، أن معنى الاستحســـــان عنــد المالكية هو الأخذ بأقوى الدليلين، وهذا لا خلاف فيه، لأن النــاس أجمعوا على ذلك بالأخذ بالأرجح من الأدلة كتخصيص العرايـــا من منع بيع الرطب بالتمر وغير ذلك.

وقد عبر عن الاستحسان بتعريف آخر فقال هو ما حســن فى الشرع، ولم ينافه فهو ما يستحسنه المجتهد بعقله ويميل إليــه، أو أنه تخصيص بعرف مالم يعم وقصد بهذه العبارة أن معنــــى الاستحسان هو:

تخصيص الدليل العام بالعادة أو المصلحة، كما إذا أوصى لقرابته، فالقياس دخول الورثة والاستحسان عدم الدخول.

وما قاله المالكية معناه التخصيص لدليل جزئى من دليــل كلى عام أو استثناء مصلحة جزئية من دليل كلى، ولذلك عــبروا

عنه بقولهم: ما حسن فى الشرع ولم ينافه أى ما كـــان موافقـاً لقصد الشارع ولم يخالفه[1].

وقال الإمام الشاطبى رضى الله عنه:

الاستحسان هو الأخذ بمصلحة جزئية فى مقـــابل دليـل كلى، وأن من استحسن لم يرجع إلى مجرد ذوقه وتشهيه، وإنمـا يرجع إلى ما علم من قصد الشارع فى الجملة، مثاله: المســائل التى إذا أخذ فيها بالقياس وأدى ذلك إلى فوات مصلحة أو جلـب مفسدة فيكون إجراء القياس على الإطلاق قد يؤدى إلـى حـرج شديد ومشقة والحرج والمشقة مرفوع فى الدين، فيستثنى موضـع الحرج ولذلك أمثلة كثيرة فى الشرع.

كالقرض فإنه فى الأصل رباً لأنه الدرهم بـالدرهم إلـى أجل ولكنه أبيح لما فيه من التوسعة ورفع الحرج عن المحتـلجين وبيع العربة بخرصها تمراً، فإنه بيع الرطب باليابس ولكنه أبيـح لما فيه من الرفق ورفع الحرج عن الفقراء.

---

(1) ينظر نشر البنود على مراقى السعود ٢/٢٥٥: ٢٥٧.

وكذلك الاطلاع على العورات فى التداوى فإنه أبيح لمـــا فيه من رفع الحرج لعلاج المرضى ويقول الإمام الشاطبى[1]:

والاستحسان تسعة أعشار العلم كما روى عن الإمام مالك وهذا كله يوضح أن الاستحسان غير خارج عن مقتضى الأدلـــة ويستحسن الإمام مالك رضى الله عنه التخصيص بالمصلحة.

والإمام أبو حنيفة يستحسن أن يخص بقول الواحـــد مـــن الصحابة الوارد بخلاف القياس، وكل منهم يجـــوز تخصيـــص القياس ونقض العلة، وهذا غير ما يقوله الشافعى[2].

---

(1) هو الإمام أبو إسحاق إبراهيم ابن موسى ابن محمد اللخمى الغرناطى الشـــاطبى، فقيه أصولى مفسر، وكان تقياً ورعاً. توفى ٧٩٠هـ، ينظر نيل الابتـــهاج بتطريـــز الديباج ص٤٦ والموافقات ٦/١.

(2) الموافقات ١٣٤/٤-١٣٧.

المطلب الرابع

فى

قول الشافعية فى الاستحسان

ما قاله الإمام الشافعى فى الرسالة: لقد قال الإمام رضى الله عنه كلاما فى كتابه الرسالة وكذلك فى كتابه الأم الذى أفرد فيه كتابا عن الاستحسان وها أنا ذا أقتطف باختيار ما قاله فى كلا الكتابين: قال فى الرسالة: والاجتهاد لا يكون إلا على مطلوب، والمطلوب لا يكون أبدا إلا على عين قائمة تطلب بدلالة ويقصد بها إليها، أو تشبيه على عين قائمة، وهذا يبين أن حراما على أحد أن يقول بالاستحسان إذا خالف الاستحسان الخبر. والخبر من الكتاب والسنة عين يتأخى معناها المجتهد ليصيبه، أو قصده بالقياس.

وأن ليس لأحد أن يقول إلا من جهة الاجتهاد، والاجتهاد ما وصفت من طلب الحق ولو جاز تعطيل القياس جاز لأهل العقول من غير أهل العلم أن يقولوا فيما ليس فيه خبر، بما يحضرهم من الاستحسان.

ولا يجوز أن يقال لفقيه عدل غير عالم بقيم الرقيق أقم هذا العبد، ولا هذه الأمة، ولا إجارة هذا العامل لأنه إذا أقامه

على غير مثال بدلالة على قيمته كان متعسفا، فإذا كان هذا هكذا فيما تقل قيمته وتكثر من المال، ويسير من الخطأ فيه على المقام له، والمقام عليه كان حلال الله وحرامه أولى ألا يقال فيهما بالتعسف والاستحسان. وإنما الاستحسان تلذذ، ولا يقول فيه إلا عالم بالأخبار عاقل للتشبيه.

وإذا كان هكذا كان على العالم ألا يقول إلا من جهة العلم، وجه الخبر اللازم بالقياس بالدلائل على الصواب حتى يكون صاحب العلم أبدا متبعا خبرا، وطالبا الخبر بالقياس، كما يكون متبع البيت بالعيان وطالبا قصده بالاستدلال بالأعلام مجتهدا.

ولو قال بلا خبر لازم ولا قياس كان أقرب من الإثم من الذى قال وهو غير عالم، وكان القول لغير أهل العلم جائز ولم يجعل الله لأحد بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقول إلا من جهة علم مضى قبله، وجهة العلم بعد الكتاب والسنة والإجماع والآثار وما وصفت من القياس عليها[1].

ما قاله الإمام الشافعى فى كتابه الأم فى كتاب إبطال الاستحسان:

قال: فعرف جميع خلقه ألا علم إلا ما علمهم.

---

(1) ينظر الرسالة للإمام الشافعى الفقرة ١٤٥٦-١٤٦٨.

قال تعالى: **﴿والله أخرجكم من بطون أمهاتكم لا تعلمــون شيئا﴾** [1].

وقال تعالى: **﴿ولا يحيطون بشئ من علمه﴾** [2] ثــم مــن عليهم بما آتاهم من العلم وأمرهم أن يقصروا عليه فقال تعـــالى: **﴿وكذلك أوحينا إليك روحا من أمرنا ما كنت تدرى مـــا الكتــاب ولا الإيمان﴾** [3]. وقال لنبيه صلى الله عليه وســـلم فـــى كتابـــه العزيز: **﴿ولا تقف ما ليس لك علم﴾** [4].

وجاء رجل إلى النبى صلـــــى الله عليـــه وســـلم يرمـــى امرأته[5] بالزنا فقال النبى صلى الله عليه وسلم أرجع فأوحى الله إليه آية اللعان[6].

---

(1) سورة النحل آية ٨٧.

(2) سورة البقرة آية ٢٥٥.

(3) سورة الشورى آية ٥٢.

(4) سورة الاسراء آية ٣٦.

(5) وهذا الذى نزل فيه قوله تعالى: **﴿والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين...﴾** إلخ الآيـــات النـــور الآية ٦: ٩.

(6) ينظر فتح البارى فى باب اللعان حديث ٥٣٠٨ حـــ٩/٤٦٦. وأحمد فـــى المســـند ١٧/٢٦، ٢٤.

وخلاصة ما قاله الإمام الشافعي:

أنه لا يجوز لأحد أن يتكلم فى أمور الشرع إلا بدليل من الكتاب أو السنة، لأن الله أمر باتباع الحق واتباع الحق لا يكون إلا عن علم، والله أمر نبيه أن يتبع ما أوحى إليه. ولا يجوز لأحد أن يقول بالاستحسان لأنه لم يدخل فى معنى الكتاب والسنة، قال تعالى: **﴿أيحسب الإنسان أن يترك سدى﴾** [١] ومعنى السدى هو الذى لا يؤمر به ولا ينهى عنه ومن أفتى أو حكم بما لم يؤمر به فقد أجاز لنفسه أن يكون فى معنى السدى ومخالفاً لمنهاج النبيين[٢] قال الله تعالى: **﴿إتبع ما أوحى إليك من ربك﴾** [٣]. وقال تعالى: **﴿وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم﴾** [٤]. وقال تعالى: **﴿يا داود إنا جعلناك خليفة فى الأرض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن**

---

(١) سورة القيامة الآية ٣٦.

(٢) ينظر تفسير الفخر الرازى فى معنى السدى حيث قال: هو الذى لا يؤمر ولا ينهى حـ٢٣٣/٣٠.

(٣) سورة الأنعام الآية ١٠٦.

(٤) سورة المائدة الآية ٤٩.

سبيل الله إن الذين يضلون عن سبيل الله لهم عذاب شديد بما نسوا يوم الحساب﴾ [1].

ولا يؤمر أحد أن يحكم بالحق إلا وقد علم الحق ولا يكون معلوماً إلا عن الله نصاً أو دلالة فى الكتاب والسنة، ومن استجاز أن يحكم أو يفتى بلا خبر لازم ولا قياس عليه فكأنه يقول: أفعل ما هويت وإن لم أُمر به، وهذا مخالف للكتاب والسنة، وإذا قال الحاكم والمفتى فى الحادثة بما ليس فيه نص خبر ولا قياس، وقال استحسن: فلابد أن يقول غيره استحسن فيترتب على ذلك اختلاف الناس فى حكم المسألة الواحدة على ضروب من الفتيا.

وإذا كان ذلك جائزاً عند من يقول بالاستحسان فقد حكموا حيث شاءوا، وأما إذا كان ذلك ضيقاً عندهم وغير جائز فليس لهم أن يدخلوا فيه.

وكلام الشافعى يتضح منه أن الاستحسان باطل إذا كان من غير دليل بناءاً على الهوى والتشهى كما سيأتى فى كلام الإمام ابن تيمية حيث يقول الإمام ابن تيمية بأن الإمام الشافعى

---

(1) سورة ص الآية ٢٦. وينظر كتاب إبطال الاستحسان ذيل كتاب الأم للشافعى ٢٩٨/٨: ٢٩٩.

يقول: إن الاستحسان الذى بنى على تخصيص العلة من غير فارق بين الصورتين باطل[1].

ويقول الإمام أبو زهرة[2]: إن كلام الإمام الشافعى عن بطلان الاستحسان الذى يقول به الحنفية، لا ينطبق على ما قال به الحنفية لأن الإمام الشافعى يقصد الاستحسان الذى بنى على غير دليل. وأما الحنفية فيقصدون الاستحسان الذى بنى على دليل قوى فى مقابلة دليل ضعيف[3].

---

(1) ولهذا يعلق ابن تيمية على ذلك فيقول: ومن لم يجوز تخصيصها إلا بفارق بين صورة التخصيص وغيرها يقول: لابد أن يعلم الجامع أو الفارق فليس الحاق المسكوت بأحد النصين بأولى من الحاقة بالآخر، ينظر قاعدة فى الاستحسان لابن تيمية ص٧٥.

(2) هو الشيخ محمد أبو زهرة عالم جليل كان أستاذا للشريعة الإسلامية جامعة القاهرة.

(3) ينظر الأم للشافعى ٣٠١/٨: ٣٠٢، وأصول الشيخ أبو زهرة ص٢٧٢.

المطلب الخامس

في

قول الحنابلة في الاستحسان

قال القاضى أبو يعلى:

الاستحسان هو ترك الحكم إلى حكم هو أولى منه.

وقيل: هو أولى القياسين وعبر عنه شيخ الإسلام بأنه مخالفة القياس لدليل، وهذا ما عبر عنه الكرخى والشيرازى[1] والآمدى[2] والزركشى[3] والجصاص.

ولقد وردت عدة روايات عن الإمام أحمد فى الاستحسان منها ثلاث روايات تقول بجواز الاستحسان ورواية واحدة يفهم منها القول بإبطال الاستحسان.

---

(1) هو إبراهيم بن على بن يوسف جمال الدين أبو إسحاق الشيرازى الفيروز آبادى له اللمع والمهذب، فقيه أصولى شافعى توفى عام ٤٧٦هـ، شذرات الذهب ٣٤٩/٣.

(2) هو على بن أبى على بن محمد بن سالم الثعلبى أبو الحسن سيف الدين الآمدى له الإحكام فى الأصول وهو شافعى المذهب ت٦٣١. شذرات الذهب ١٤٤/٥.

(3) هو محمد بن بهادر بن عبد الله بدر الدين الزركشى، فقيه أصولى شافعى له البحر المحيط توفى عام ٧٩٤هـ، شذرات الذهب ٣٥٥/٦.

الرواية الأولى:

إذا خالف المضارب فاشترى غير ما أمر بـــه صـــاحب المال فالربح لصاحب المال، وللمضارب أجـــرة المثـــل إلا أن يكون الربح يحيط بأجرة المثل فيذهب، وكنت أذهـــب إلـــى أن الربح لصاحب المال ثم استحسنت(١).

الرواية الثانية فى التيمم:

قال الإمام أحمد رضى الله عنه: استحسن أن يتيمم لكـــل صلاة، ولكن القياس أنه بمنزلة الماء حتى يحدث أو يجد الماء.

الرواية الثالثة فى شرى أرض السواد:

حيث قال: يجوز شرى أرض السواد ولا يجـــوز بيعـــها، فقيل له: كيف يشترى ممن لا يملك؟ فقال: القياس كمـــا تقـــول: ولكن هو استحسان(٢).

---

(١) ينظر العدة للقاضى أبى يعلى ١٦٠٤/٥، وقاعدة فى الاستحسان للإمام ابن تيميـــة ص٤٧، والتمهيد لأبى الخطاب ٨٧/٤، وشرح الكوكـــب المنـــير ٤٢٧/٤، وكشـــف الأسرار على أصول البزدوى ٥/٤، ٦، وروضة الناظر لابن قدامة ٤٠٧/١، حيـــث قال ابن قدامة: قال القاضى يعقوب: القول بالاستحسان مذهب أحمد رحمه الله وهو أن تترك حكما إلى حكم هو أولى منه وهذا مما لا ينكره أ هـــ.

(٢) هذه الرواية ذكرها القاضى أبو يعلى فى العدة ١٦٠٥/٥ وذكرها أبو الخطاب فـــى التمهيد ٨٩/٤ وذكرها فى شـــرح الكوكـــب ٤٢٧/٤، وانظـــر المســـودة لآل تيميـــة ص٤٠٠، ٤٥٢.

وقال القاضى أبو يعلى فى العدة:

إن أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم رخصوا فى شرى المصاحف وكرهوا بيعها[١].

الرواية الرابعة فى الغصب:

من غصب أرضا فزرعها، فالزرع لرب الأرض، وعليه النفقة وليس هذا بشئ يوافق القياس، استحسن أن يدفع إليه نفقته[٢].

الرواية الخامسة وهو القول بإبطال الاستحسان:

قال الإمام أحمد فى رواية عنه:

أصحاب أبى حنيفة إذا قالوا شيئا خلاف القياس قالوا:

نستحسن هذا وندع هذا، فيدعون الذى يزعمون أنه الحق بالاستحسان، وأنا أذهب إلى كل حديث جاء ولا أقيس عليه[٣].

---

(١) هذا الأثر سيأتى تخريجه فى كلام الإمام ابن تيمية عن الاستحسان.

(٢) ينظر أيضا فى هذه الرواية العدة والتمهيد وشرح الكوكب فى الصفحات السابقة.

(٣) ينظر ما سبق من مراجع وهذه الرواية تفيد معنى إبطال القول بالاستحسان.

المبحـث الثالـث

الاستحسان عند غير الأئمة الأربعة

المطلب الأول

الاستحسان عند شيخ الاسلام ابن تيمية

المطلب الثانى

الاستحسان عند ابن حزم

المطلب الثالث

الاستحسان عند الشيعة

المطلب الرابع

خلاصة كلام غير الأئمة الأربعة

المطلب الأول

الاستحسان عند شيخ الإسلام ابن تيمية

قال الإمام ابن تيمية[١]:

أما الاستحسان، فالمشهور من معانية أنه مخالفة القياس لدليل، وقد يراد به غير ذلك واختلف العلماء فى معانيه وألفاظه على ثلاثة أقوال: منهم من يذكر اللفظ مطلقاً، وهم نفاة القياس[٢]، ومنهم من يقر به بهذا المعنى، ويجوز مخالفة القياس للاستحسان، وهذا قول أبى حنيفة[٣] وأصحابه، ومنهم من ذم الاستحسان تارة وقال به تارة أخرى، وهم الشافعى وأحمد[٤]، ومالك وغيرهم وقد ذكر الاستحسان فى مواضع عند الإمام أحمد رضى الله عنه، وقد أنكره الإمام الشافعى فقال:

---

(١) ابن تيمية وهو أحمد تقى الدين أبو العباس بن الشيخ شهاب الدين أبو المحاسن عبد الحليم بن مجد الدين أبى البركات عبد السلام بن أبى محمد بن عبد الله. العقود. الدرية فى مناقب الإمام ابن تيمية ص٥ لابن عبد الهادى، مطبعة كردستان بمصر، والدرر الكامنة لابن حجر ص١٤٤.

(٢) وهم النظام والظاهرية وبعض الشيعة. ينظر نهاية الوصول فى دراية الأصول للشيخ صفى الدين الهندى ٣٠٥١/٧. وينظر قاعدة فى الاستحسان ص٧٤.

(٣) الإمام أبو حنيفة هو النعمان بن ثابت بن زوطى صاحب المذهب الحنفى المشهور المتوفى عام ١٥٠هـ ينظر تذكرة الحفاظ ١٨٥/٢ والإمام أبو حنيفة للشيخ أبى زهرة.

(٤) سبقت الترجمة لكل من الشافعى وأحمد رضى الله عنهما.

من استحسن فقد شرع، وتكلم فى دليل إبطال الاستحسان، وكان من أعظم الناس إنكاراً للإستحسان، وهذا ما سلكه أصحابه أيضاً ومع ذلك فقد قالوا فى مسائل بالاستحسان، وسيأتى تفصيل لذلك إن شاء الله. وقد قال الإمام أحمد:

أصحاب أبى حنيفة إذا قالوا شيئاً خلاف القياس قالوا نستحسن هذا وندع القياس فيدعون الذى يزعمون، أنه الحق بالاستحسان.

ثم قال الإمام أحمد[1] رضى الله عنه: وأنا أذهب إلى كل حديث جاء، ولا أقيس عليه. وعلق على ذلك الإمام ابن تيمية رحمه الله فقال[2]:

قال القاضى أبو يعلى[3]:

وظاهر هذا يقتضى القول بإبطال الاستحسان، وأنه لا يقاس المنصوص عليه على المنصوص عليه قلت: مراد أحمد أنه يستعمل كل النصوص ولا يقيس على أحد النصين قياساً يعارض

---

(1) سبقت ترجمة الإمام أحمد.

(2) أى ابن تيمية الذى قال.

(3) سبقت ترجمة القاضى أبى يعلى.

النص الآخر كما يفعل من ذكره[1] حيث يقيسون على أحد النصين، ثم يستثنون موضع الاستحسان، إما لنص أو غيره.

وهذا يبين من أحمد أنه يوجب طرد العلة الصحيحة، لأن انتقاضها مع تساويها فى محالها يوجب فسادها ولهذا قال أحمد رضى الله عنه:

لا أقيس على أحد النصين قياساً ينقضه النص الآخر، فإن ذلك يدل على فساد القياس[2].

وقد قال الإمام أحمد رضى الله عنه بالاستحسان المخالف للقياس فى اكثر من موضع.

ومن هذه المواضع التى قال فيها أحمد بالاستحسان منها رواية صالح فى المضارب إذا خالف فاشترى غير ما أمر به صاحب المال، فالربح لصاحب المال، وللمضارب أجرة مثله وإذا أحاط الربح بأجرة المثل فيذهب، وكنت أذهب إلى أن الربح لصاحب المال ثم استحسنت.

---

(1) قوله من ذكره: يقصد الحنفية ومن معهم.

(2) ينظر قاعدة فى الاستحسان للإمام ابن تيمية ص٥٠: ٥١، وينظر كتاب إبطال الاستحسان ذيل الأم للشافعى ٢١٧/٧، والعدة للقاضى أبى يعلى ١٦٠٥/٥، والتمهيد لأبى الخطاب ٨٩/٤.

ومنها: رواية الميمون[1] أنه استحسن أن يتيمم لكل صلاة ولكن القياس أنه بمنزلة الماء حتى يحدث أو يجد الماء.

وفى رواية المروزى[2] يجوز شرى أرض السواد ولا يجوز بيعها فقيل له: كيف تشترى ممن لا يملك؟.

فقال: القياس كما تقول: ولكن هو استحسان.

واحتج بان أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم رخصوا فى شرى المصاحف[3] وكرهوا بيعها، وهذا يشبه ذاك[4].

وقد جعل القاضى أبو يعلى[5] المسألة على روايتين وقد أيد القاضى هو وأصحابه القول بالاستحسان كما قال به أصحاب الإمام أبى حنيفة[6].

---

(1) الميمون هو صالح بن على النوفلى من آل ميمون بن مهران وهو من أصحاب الإمام أحمد، طبقات الحنابلة ١/٧٧١.

(2) وهو أبو أحمد المروزى من أصحاب الإمام أحمد سمع من الفضل ابن موسى السيناتى، وسفيان بن عينية وسمع منه البخارى ومسلم. مات سنة ٢٤٩هـ. طبقات الحنابلة ١/٤٣٠.

(3) وهذا الأثر أخرجه عبد الرزاق فى المصنف ٨/١١٠. والبيهقى فى السنن الكبرى ٦/١٦.

(4) ينظر العدة للقاضى أبى يعلى ٤/١١٨٢، والتمهيد ٤/٨٧، والمسودة ص٤٥٢ وقاعدة فى الاستحسان للإمام ابن تميمة ص٥٩-٦٢.

(5) سبقت الترجمة لهم.

(6) سبقت الترجمة لهم.

وقد فسر القاضى وأصحابه الاستحسان بأنه: هـو تـرك حكم إلى حكم هو أولى منه، وقيل: هو أولى القياسين.

وقد بين ابن تيمية[1] بأن الاستحسان قد يكـون لأجـل الكتاب وقد يكون لأجل السنة وقد يكون للإجماع وقد ساق أمثلـة على ذلك وسيأتى إن شاء الله هذا التقسـيم وإذا أبـدوا معنـى يقتضى التخصيص مثل الحاجة قيل: هذا يقول به الجميـع مـن العلماء مثل إباحة الميتة للمضطر ضرورة، وصـلاة المريـض قاعدا للحاجة ونحو ذلك. وإنما النزاع إذا لم يظهر فـى إحـدى الصورتين معنى يوجب الفرق، ولهذا فسر غير واحد الاستحسان بأنه: تخصيص العلة منهم الإمـام الـرازى[2] والقـاضى أبـو الحسين[3]. والاستحسان الذى يقال فيه إنه يخالف القياس حقيقـة هو تخصيص العلة والمشهور عن الشـافعى منـع تخصيـص العلة[4].

---

(1) سبقت الترجمة لهم.

(2) الإمام الرازى وهو أبو بكر أحمد بن على الجصاص الرازى فقيه أصولى حنفـى من تصانيفه أحكام القرآن توفى عام ٣٧٠هـ. الفوائد البهية ص٢٧.

(3) هو محمد بن على بن الطيب أبو الحسين المعتزلى، وهو أحد أئمة المعتزلة، فقيـه أصولى متكلم. مات عام ٤٢٦هـ، ينظر طبقات المعتزلة ص١٢٥.

(4) قاعدة فى الاستحسان للإمام ابن تيمية ص٦٤، وروضة الناظر ٣٢١/٢، والعـدة لأبى يعلى ١٣٨٦/٤، والتمهيد لأبى الخطاب ٦٩/٤.

وقد قال الحنفية: بجواز تخصيص العلة، ولكن الشافعية اختلفوا فى جواز تخصيصها، وهو مذهب مالك[1] وأحمد[2] وهناك من قال: بتخصيص العلة عندهم جميعاً.

وقد ذكر أبو إسحاق بن شاقلاً[3] عن أصحاب أحمد رضى الله عنه، وجهين فى تخصيص العلة ومن الناس من حكى روايتين عن الإمام أحمد والقاضى أبى يعلى وأكثر اتباعه يمنعون تخيص العلة مع أنهم يقولون بالاستحسان وأما أبو الخطاب[4] فهو يقول بتخصيص العلة موافقاً لمذهب أبى حنيفة[5] والقاضى أبى يعلى[6] وغيره يفرقون بين الاستحسان وتخصيص العلة ولذا يقول القاضى:

---

(1) الإمام مالك بن أنس بن مالك الأصبحى إمام دار الهجرة، فقيه أصولى كتب الموطأ فى الحديث توفى عام ١٧٩هـ، الديباج المذهب ٦٢/١.

(2) سبقت ترجمة الإمام أحمد رضى الله عنه.

(3) أبو إسحاق بن شاقلا وهو إبراهيم بن أحمد بن عمر بن حمدان بن شاقلا، فقيه أصولى حنبلى توفى عام ٣٦٩هـ. طبقات الحنابلة ١٢٨/٢-١٣٩.

(4) أبو الخطاب هو محفوظ بن أحمد بن الحسن الكلوذانى، فقيه أصولى حنبلى، أديب وشاعر توفى سنة ٥١٠هـ. ينظر الفتح المبين ١١/٣.

(5) سبقت ترجمة الإمام أبو حنيفة.

(6) سبقت ترجمة القاضى أبى يعلى.

لا يجوز تخصيص العلة الشرعية، وتخصيصها نقضها[1].

وقال الإمام أحمد[2] رضى الله عنه:

القياس أن يقاس الشئ إذا كان مثله فى كل أحواله.

فإذا أشبهه فى حال وخالفه فى حال فهذا خطأ، وهذا الكلام يمنع التخصيص.

وقال الإمام ابن تيمية[3] تعليقاً على ذلك:

والتحقيق فى هذا الباب أن العلة تقاس على العلة التامة وهى المستلزمة لمعلولها فهذه متى انتقضت، بطلت وتقاس على العلة المقتضية أولاً، وتسمى المؤثرة ويسمى السبب دالاً، ودليل العلة، فهذه إذا انتقضت لفرق مؤثر يفرق فيه بين صورة النقد وغيرها لم تفسد.

فمن قال: إن العلة لا يجوز تخصيصها لا لفوات شرط ولا لوجود مانع، فهذا مخطئ قطعاً، وقوله مخالف لإجماع

---

(1) مجموع الفتاوى لابن تيمية ١٦٧/٢٠، وقاعدة فى الاستحسان ص٧٠ للإمام ابن تيمية.

(2) سبقت الترجمة له.

(3) سبقت الترجمة له.

السلف كلهم، والأئمة الأربعة وغيرهم فإنهم جميعاً يقولـــون[1]: بتخصيص العلة لمعنى يوجـــب الفـــرق والقـــول بالاستحســـان المخالف للقياس، لا يمكن إلا مع القول بتخصيص العلة.

وأما من قال بأن العلة يجوز تخصيصها بمجرد دليـــل لا يبين الفرق بين صورة التخصيص وغيرها فهذا هو محل الـنزاع فى الاستحسان المخالف للقياس وغيره.

ثم إن هذه العلة إذا كانت مستنبطة وخصت بنص، ولـــم يبين الفرق المعنوى بين صورة التخصيـــص، وغيرهـــا فـــهذا ضعيف، وهو الذى ينكره الشافعى[2] وأحمـــد وغيرهمـــا علـــى أصحاب أبى حنيفة[3] رضى الله عنه، وغيرهما.

وأما إذا كانت العلة منصوصة وقد جاء نص بتخصيـــص بعض صورة العلة، فهذا مما لا ينكره أحمد[4] ولا الشـــافعى ولا غيرهما ومثاله إذا جاء نص فى صورة، ونـــص يخالفـــه فـــى صورة أخرى ولكن بينهما شبه لم يقم دليل على أنه مناط الحكم، فهؤلاء يقرون النصوص، ولا يقيسون منصوصاً على منصـوص

(١) سبقت الترجمة لكل من الإمام أبى حنيفة ومالك والشافعى وأحمد.
(٢) سبقت الترجمة لهم.
(٣) سبقت الترجمة لهم.
(٤) سبقت الترجمة لهم.

يخالف حكمه[1]، وهذا من جنس **﴿ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا﴾** [2]، وهذا الذى قال فيه الإمام أحمد:

"أنا أذهب إلى كل حديث كما جاء ولا أقيس عليه". أى لا أقيس عليه صورة الحديث الآخر، فاجعل الأحاديث متناقضة وأدفع بعضها ببعض بل استعملها كلها[3].

والذين يدفعون بعض النصوص ببعض يقولون: الصورتان سواء، ولا فرق بينهما، فيكون أحد النصين ناسخاً للآخر.

وخلاصة الكلام فى هذا كما أشار الإمام ابن تيمية: هل دل الشرع على التسوية بين الصورتين حتى يجعل الحكم الوارد فى أحدهما منسوخاً بالحكم المضاد له فى الصورة الأخرى كما يقول من يجعل القرعة منسوخة بآية الميسر[4]؟

---

(1) ينظر كتاب قاعدة فى الاستحسان للإمام ابن تيمية ص٧٢.

(2) سورة البقرة الآية ٢٧٥.

(3) ينظر العدة للقاضى أبى يعلى ١٦٠٥/٥. وينظر كتاب قاعدة فى الاستحسان للإمام ابن تيمية ص٧٢.

(4) وفى الحقيقة أن الميسر المراد به هو قمار العرب حتى لعب الصبيان على الأشياء إلا ما أبيح من الرهان فى الخيل والقرعة فى إفراز الحقوق فهو مشروع عند كثير من العلماء لأنه لا يضعف شيئاً من الحق، ينظر فتح القدير للشوكانى ٣٣٦/١، ط دار الفكر، وتفسير القرطبى ٨٦/٤.

وكذلك أمر المأمومين بأن يتبعوا الإمام فإذا كبر كبروا، وإذا ركع ركعوا، وإذا صلى جالساً صلوا جلوساً أجمعين[1].

وهو منسوخ لدوام قيامهم فى الصلاة التى صلوا بعضها خلف إمام قائم وبعضها خلف إمام قاعد[2].

ويجعل حديث الأضحية[3] والهدى[4] أحدهما منسوخاً بالآخر ويجعلون قطع جاحد العارية منسوخاً[5]، إذا سلموا أنه

---

(1) هذا الحديث رواه البخارى فى صحيحه ٣٠٢/٢ ومسلم فى صحيحه ١٣٣/٤.

(2) رواية صلاة الإمام قاعداً والناس قيام ذكرهما البخارى ٣٠٢/٢، وذكر هذه الروايات الشيخ محمد فؤاد عبد الباقى فى اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان ص١٤٤، ص ١٤٥، وينظر كتاب قاعدة فى الاستحسان للإمام ابن تيمية ص٧٢.

(3) ونص الحديث فى مسلم أن النبى صلى الله عليه وسلم قال: "إذا أراد أحدكم أن يضحى ودخل العشر فلا يأخذ من شعره ولا من بشرته شيئاً رواه مسلم ١٠٦٠/٣ و ١٥٦٦ ولفظة فلا يمس ط عيسى الحلبى، ورواه أبو داود تحت رقم ٢٦٧٣، ٩٦/٤، ورواه الترمذى رقم ١٥٣٣، ٨٦/٤، والنسائى ٢١١/٧، وابن ماجه رقم ٣١٤٩.

(4) الحديث رواه البخارى فى فتل القلائد للبدن والبقر ٣٨/١٠: ٤١، شرح العينى ورواه مسلم ٩٥٦/٢ رقم ١٣٢١، ورواه مالك فى الموطأ ٣٤٠/١.

(5) حديث قطع يد جاحد العارية حيث روى بأن امرأة كانت تستعير المتاع وتجحده فأمر بها النبى صلى الله عليه وسلم فقطعت يدها. رواه مسلم فى صحيحه تحت رقم١٦٨٨ ورواه أبو داود تحت رقم ٤٣٧٤، والرواية ذكرها ابن القيم فى إعلام الموقعين ٦٢/٢.

قطعها لذلك، منسوخاً بقوله صلى الله عليه وسلم: "ليس على المختلس ولا المنتهب ولا الخائن قطع"[1].

وإذا جاء نصان بحكمين مختلفين فى صورتين، وصورة مسكوت عنها فهل يقال: القياس هو مقتضى أحد النصين؟.

فما سكت عنه نلحقه به، وإن لم نعرف الفارق بينه وبين الآخر، وهذا هو الاستحسان الذى نتورع فيه.

والذين يقولون به هم أصحاب أبى حنيفة رضى الله عنه وكثير من أصحاب أحمد[2] وغيرهم[3].

وهذا الذى ذكره القاضى بقوله: اعتراض النص على قياس الأصول، وهو قولٌ بتخصيص العلة.

قال الإمام ابن تيمية والخلاصة فى ذلك أنه إما أن يعلم استواء الصورتين فى الصفات المؤثرة فى الشرع، وإما أن يعلم واحد منهما والمقصود بالعلم، وهو أن يقوم الدليل على التماثل

---

(1) الحديث أخرجه أبو داود تحت رقم ٤٣٩١ والترمذى ١٤٤٨، وابن ماجه ٢٥٩١، والنسائى ٨٩/٨، وأخرجه أحمد فى مسنده ٣٨٠/٣، والبيهقى فى السنن ٢٧٩/٨. والحديث روايته عن جابر رضى الله عنه.

(2) ومنهم القاضى أبو يعلى فى العدة حيث أقام الدليل على صحة قول الحنفية من الكتاب والسنة وكلام السلف ومن الذين قالوا برأى القاضى أبو الخطاب صاحب التمهيد، ينظر العدة ١٦٠٦/٥، والتمهيد ٨٧/٤.

(3) كأصحاب مالك رضى الله عنه حيث قال فى الموافقات ما روى عن مالك أن الاستحسان تسعة أعشار العلم ١٣٧/٤ ط دار اللواء.

والاستواء أو يقوم الدليل على الاختلاف والافـتراق أو لا يقـوم دليل على ذلك.

وقد قال الإمام أحمد بالاستحسان لأجل الفارق بين صورة الاستحسان وغيرها، وهذا من باب تخصيص العلة لوجود الفارق المؤثر.

ولهذا قال الإمام أحمد رضى الله عنه: يدعـون القيـاس الذى هو عندهم حق للاستحسان. وهذا ما أنكره الشافعى، لأنـه يقتضى فرقاً وجمعاً بين الصورتين بلا دليل، لأن القياس إذا لـم ينص الشارع على علته أو لم يدل لفظ الشرع على عموم المعنى فيه ورأى الرائى ذلك لمناسبة أو مشابهة ظنها مناط الحكم، ثـم خص من ذلك المعنى صوراً بنص يعارض القياس كان معـذوراً فى علمه بالنص، ولكن مجئ النص بخلاف تلك العلة فى بعـض الصور دليل على أنها ليست علة تامة قطعاً، وإذا كـان مـورد الاستحسان معنى ظنه مناسباً أو مشابهاً فإن ذلك يحتاج إلى دليل يدل على تأثير ذلك الوصف فلا يكون قد ترك القياس إلا لقيـاس هو أقوى منه لاختصاص صورة الاستحسان بما يوجب الفـرق بينهما وبين غيرهما، وعلى هذا لا يكون الاستحسان قـد خـرج عن نص أو قياس، وهذا هو الصواب[1].

([1]) ينظر قاعدة فى الاستحسان للإمام ابن تيمية ص٨١.

المطلـب الثانـي

قول ابن حزم فى الاستحسان

قال الإمام ابن حزم:

والحق لا يكون فى الاستحسان من غير دليل، ولا برهان لأنه إذا كان القول بالاستحسان جائزاً من غير دليل يكون فى ذلك تكليف الناس بما لا يطيقون، ولو كان الاستحسان جائزاً لاستحسن الفقيه وغير الفقيه ولم يكن هناك فرق بين كل منهما.

وأما حديث "ما رواه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن"(١). فهو مردود لأمرين:

الأمر الأول: أنه موقوف على عبد الله بن عمر.

الأمر الثانى: إذا صح هذا الحديث فيكون المقصود ما أجمع(٢) عليه المسلمون وليس الاستحسان.

وقال الطوفى(٣) فى شرح مختصر الروضة إن معنى الحديث فى دلالة الاستحسان هو أن ما قام دليل رجحانه شرعاً

---

(١) سبق تخريج هذا الحديث.

(٢) ينظر الإحكام فى أصول الأحكام لابن حزم ٧٥٧/٦، وينظر إبطال القياس والرأى والاستحسان لابن حزم ص٥٠.

(٣) وهو الإمام نجم الدين أبى الربيع سليمان بن عبد القوى سبقت ترجمته.

والمعنى ما رآه المسلمون حسناً مع النظر والاستدلال وقيام دليل الرجحان شرعاً، وكأن الطوفى أيضاً قال بما قال به الإمام ابن حزم بل إن كلام منهما لا يختلف عن الآخر والمعنى واحد[١].

(١) وينظر شرح مختصر الروضة للطوفي ١٩٦/٣ مؤسسة الرسالة.

المطلب الثالث

قول الشيعة فى الاستحسان

وقال الشيخ محمد تقى الحكم[١]:

المقصود بالاستحسان هو الأخذ بأقوى الدليلين فإذا أريد به ذلك فهذا حسن ولا يمنع الأخذ به، وأما إذا أريد بالاستحسان ما يقابل الكتاب والسنة فلا وجه لذلك[٢]. وما قاله الشيخ كلام جيد يعتبر أن الاستحسان دليل يقابل دليلاً أخر وقد قال بذلك كثير من العلماء بل أقول كلهم يقولون إن الاستحسان إذا كان دليلاً يؤخذ به وإذا كان هوى وتشهى فالجميع متفقون على القول ببطلان العمل به.

---

(١) من علماء الشيعة المحدثين ولم أجد له ترجمة فى الكتب القديمة ولا الحديثة.

(٢) ينظر الأصول العامة للفقه المقارن السيد محمد تقى الحكم شيعى المذهب ص٣٦٣.

المطلب الرابع

خلاصة أقوال المذاهب فى الاستحسان

مما سبق أن عرضناه من كلام الحنفية والمالكية والشافعية نجد أن الاستحسان عند الجميع إذا خرج عن كونه دليلاً فالعمل به باطل إلا أنه قد يكون البعض لم يفهم قصد الحنفية فى كلامهم عن الاستحسان، كما عبر عن ذلك كل من الإمام البزدوى وصدر الشريعة فى كتابيهما، وعبارة البزدوى تقول: وقد أنكر بعض الناس على أصحابنا لجهلهم بالمراد[١].

وقال صدر الشريعة: وقد أنكر بعض الناس العمل بالاستحسان جهلاً منهم فإن أنكروا التسمية فلا مشاحة فى الاصطلاح، وإن أنكروا من حيث المعنى فباطل لأننا نعنى به دليلاً[٢].

وقال الشاطبى: الاستحسان لا يخرج عن كونه قسماً من أقسام القياس فى صورة وفى الصورة الأخرى يكون بالنص أو الإجماع أو العرف.

---

(١) أصول فخر الإسلام البزدوى مع كشف الأسرار: ٤/٦.

(٢) التنقيح لصدر الشريعة وبهامشه التوضيح ٢/١٧١: ١٧٢.

وقال أصبغ المالكى[١]: للفرق فى القياس يكاد يفارق السنة وأن الاستحسان عماد العلم، وهذا يدل على أن الاستحسان معروف عند الجميع ولم ينكره أحد إلا أن المنكرين ينكرون الكلام فى الاستحسان من غير دليل[٢].

وأما كلام الشافعية فمنهم من قال: نحن لا ننازع الكلام فى الاستحسان إذا كان عن دليل[٣].

وقال الشيرازى: إذا كان القول بالاستحسان على ما قاله الكرخى فنحن نقول به وارتفع الخلاف.

وقد أفرد الشيرازى فصلا مستقلا فقال: فصل فى الاستحسان الصحيح.

إذا ثبت ما ذكرناه فالاستحسان الصحيح الذى يقول به المتأخرون من أصحابه هو ترك أضعف الدليلين لاقواهما وقد

---

(١) وهو أصبغ بن الفرج بن سعد بن نافع، فقيه من كبار المالكية بمصر قيل عنه بأنه ما أخرجت مصر مثله توفى ٢٢٥هـ. وفيات الأعيان ٧٩/١، الأعلام للزركلى ٣٣٣/١. وينظر الموافقات للإمام الشاطبى ١٣٦/٤، ١٣٧.

(٢) حيث عبر الشاطبى فقال: وقد بالغ أصبغ فى الاستحسان حتى قال: إن الاستحسان عماد العلم. ينظر الموافقات الصفحات السابقة.

(٣) ينظر قواطع الأدلة لأبى المظفر السمعانى ٢٧٠/٢.

يكون بدليل النص أو بدليل الإجماع وقد يكون بالقيـــاس، وقــد يكون بالاستدلال بالنص[1].

وكلام الشافعية جميعاً لا يوجد فيه ما يبطل الاستحســـان مطلقاً اللهم إلا إذا كان الاستحسان من غير دليل سواء أكان ذلـك عند الشافعى أم عند غيره وقد أشرنا إلى كلام الإمـــام الشـــافعى تفصيلاً قبل ذلك.

وها هو الشيرازى يعبر تعبيراً صريحاً عن الاستحســـان كما سبقت الإشارة إليه كذلك نرى الآمدى يقول:

وإن تحقق أنه دليل شرعى فلا نزاع فى جواز التمســـك به.

ولكنه قال:

وإن كان ذلك فى غاية البعد ولكن النزاع فى تخصيصـــه باسم الاستحسان عند العجز عن التعبير عنه ولا حاصل للـــنزاع اللفظى[2].

إلا أن كلام الآمدى يرد عليه من قبل الشافعية أنفســـهم وقد سبق أن سقنا كلام الشافعى والشيرازى والشيخ صفى الديـن

---

(1) ينظر شرح اللمع للشيرازى ٢/٩٧٠، ٩٧٣.

(2) ينظر الإحكام للآمدى ٣/٢٠٠ ط دار الفكر.

الهندى وكلام الجميع متفق على أن الاستحسان إذا كان عن غير دليل فهو باطل، وفى الحقيقة كما عبر ابن السبكى أن النزاع لفظى بينهم وليس كما قال الآمدى أن النزاع اللفظى لا حاصل بل إن النزاع لفظى ويدل على ذلك طائفة من المسائل قال فيها الإمام الشافعى بالاستحسان.

١- منها أنه استحسن فى المتعة أن تكون ثلاثين درهماً.

٢- ومنها أنه استحسن أن يترك للمكاتب شئ من نجوم الكتابة[١].

٣- ومنها أنه استحسن التحليف على المصحف[٢].

٤- ومنها فى مسألة اللعان أنه استحسن أن يخلف ويقال له: قل بالله الذى خلقك ورزقك[٣].

٥- ومنها إذا امتنع المدعى من اليمين المردودة وقال أمهلونى لأسال الفقهاء، استحسن قضاء بلدنا إمهاله يوماً[٤].

---

(١) رواية المتعة والمكاتب أوردها القاضى فى العدة ١٦٠٧/٥، ونهاية الوصول ٤٠١٠/٨.

(٢) أوردها الغزالى فى المستصفى ٢٧٤/١، والمتحول ص٤٧٦.

(٣) الغزالى فى المستصفى وفى المنخول الصفحات السابقة.

(٤) أوردها الشيرازى فى اللمع ص٦٨، ونهاية السول ١٢٣/٣.

وقد قال ابن السبكى: إن النزاع لفظى راجع إلى نفس التسمية وأن المنكر عندنا هو جعل الاستحسان أصلاً من أصول الشريعة مغايراً لسائر الأدلة[1].

وقال الإمام الغزالى: والصحيح فى ضبط الاستحسان ما ذكره الإمام الكرخى[2].

وقال صدر الشريعة: وبعدما استقرت الآراء على أن الاستحسان هو اسم لدليل متفق عليه سواء كان ذلك نصاً أو إجماعاً أو قياساً خفياً إذا وقع فى مقابلة قياس جلى تسبق إليه الأفهام حتى إنه لا يطلق على نفس الدليل من غير مقابلة، وإذا كان كذلك فهو حجة عند الجميع من غير خلاف[3].

وعلى هذا فالتعريف الذى أيده كثير من العلماء وهو شبه متفق عليه هو تعريف الشيخ أبى الحسن الكرخى وهو العدول عن أن يحكم فى المسألة بمثل ما حكم به فى نظائرها إلى خلافه لوجه أقوى يقتضى العدول عن الأول[4].

---

(1) رفع الحاجب عن ابن الحاجب لابن السبكى ٣٧٤/٢.

(2) المنخول للإمام الغزالى ص٤٧٧.

(3) التلويح على التوضيح لسعد الدين التفتازانى ١٧٢/٢.

(4) كشف الأسرار على أصول البزدوى للشيخ عبد العزيز البخارى ٤/٤: ٥ وينظر شرح اللمع ٩٧٠/٢ ط دار الغد والتبصرة للشيرازى ص٤٩٣، وقاعدة فى الاستحسان لشيخ الإسلام ص٦٤، والعدة للقاضى أبى يعلى ١٣٨٦/٤، والتمهيد لأبى الخطاب ٦٩/٤، والمنخول للغزالى ص٤٧٦.

وقد ذكر هذا التعريف الغزالى[١] والشيخ صفى الدين الهندى[٢] وابن ملك[٣] وسعد الدين التفتازانى[٤] والقاضى أبو يعلى[٥] والقاضى أبو الحسين[٦] وذكره فى التمهيد[٧].

وقد علق عليه القاضى أبو الحسين البصرى فقال:

الاستحسان عدول فى الحكم عن طريقة إلى طريقة أقوى منها وهذا أولى مما ظنه مخالفوهم لأنه الأليق بالعلم وأن أصحاب المقالة أعرف بمقاصد أسلافهم.

---

(١) ينظر المنخول ص٤٧٦.

(٢) الشيخ صفى الدين الهندى وهو أبو عبد الله محمد بن عبد الرحيم بن محمد صفى الدين الأرموى ولد عام ٦٤٤هـ توفى عام ٧١٥هـ، شذرات الذهب ٣٧/٦، وينظر نهاية الوصول فى دراية الأصول للشيخ صفى الدين الهندى جـ٤٠٠٧/٨.

(٣) ينظر شرح المنار وحواشيه ص٨١١ وقد سبقت ترجمته.

(٤) التلويح على التوضيح لسعد الدين التفتازانى ١٧٣/٢.

(٥) ينظر العدة فى أصول الفقه للقاضى أبى يعلى ١٦٠٥/٥.

(٦) المعتمد فى أصول الفقه لأبى الحسين البصرى ٨٣٨/٢.

(٧) ينظر التمهيد لأبى الخطاب فى أصول الفقه ٦٩/٤.

المبحث الرابع
حجية الاستحسان

المطلب الأول
أدلة المنكرين والرد عليها

المطلب الثانى
أدلة القائلين بالاستحسان
الراجح من أدلة كلا الفريقين

المبحث الرابع

حجية الاستحسان

اختلف العلماء فى كون الاستحسان دليلاً يحتج به كسائر الأدلة فذهب الحنفية والمالكية والحنابلة إلى أنه حجة ودليل.

وذهب الشافعية إلى إنكار هذا المسمى ومعهم الشيعة وابن حزم.

ونعرض لكل فريق أدلته وحججه حتى يتضح معنى قول كل فريق فنعرض أولاً لحجج المنكرين للاستحسان ثم حجج القائلين به.

المطلب الأول

إجمال حجج المنكرين للاستحسان والرد عليها

مما سبقت الإشارة إليه من عرض كلام الإمام الشافعى لإنكاره العمل بالاستحسان من غير دليل تجعل الحجج التى استند إليها الإمام الشافعى ومن نهج نهجه فى سبعة حجج.

الحجة الأولى:

إن الذى تقولون بأنه استحسان مثل عدم تقدير الماء المستهلك فى الحمام كان موجوداً فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم.

ويرد على ذلك:

أنه وإن كان موجوداً فى عهد رسول الله صلى الله وسلم إلا أنه لم يرد فيه نص ظاهر فدل ذلك على أنه مستحسن.

الحجة الثانية:

الاستحسان ليس هو الدليل، ولكن الدليل قد يكون المصلحة التى تستوجب حكماً معيناً يقتضى رفع الحرج.

ويرد على ذلك:

أنه ليس هناك فرق بين الاستحسان والمصلحة فإذا قلنا بأنه مصلحة فنحن نقول بأنه استحسان وكل استحسان مصلحة[1].

الحجة الثالثة:

إن الشريعة نص أو حمل على نص بالقياس، وأما الاستحسان فما هو؟ أهو منهما أم من غيرهما؟.

فإذا كان من غيرهما فمعنى ذلك أن الله ترك أمراً من أمور الناس من غير حكم، وهذا يناقض قول الله تعالى: ﴿**أيحسب الإنسان أن يترك سدى**﴾ [2].

فالاستحسان الذى لا يكون قياساً أو إعمالاً لنص يناقض هذه الآية.

الرد على هذه الحجة:

أن الاستحسان هو قياس، لأنه عدول عن قياس جلى ضعيف الأثر إلى قياس خفى قوى الأثر، فهما دليلان أحدهما ضعيف والأخر قوى، ومثاله المرأة عورة مستورة لا يجوز الاطلاع عليها حتى من ذى رحم ولكن أبيح ذلك للضرورة إذا كانت هناك مصلحة كرؤية الطبيب للعلاج، وهذا لا يختلف فيه

---

(1) ينظر أصول الشيخ أبو زهرة ص٢٧٠.

(2) سورة القيامة آية ٣٦.

أحد، ومعروف أن ستر العورة من باب التكملة أما المحافظة على حياة النفوس من باب الأصل والضرورة[1].

الحجة الرابعة:

أن الآيات التى تدل على طاعة الله ورسوله صلى الله عليه وسلم، تنهى عن أتباع الهوى، وتأمرنا أن نرد النزاع إلى الله والرسول، والاستحسان ليس كتاباً ولا سنة ولا هو مردود إليهما، ولكنه غيرهما فيكون الاستحسان زائداً عليهما ولا يقبل إلا بدليل.

الرد على هذه الحجة:

الاستحسان لم يخرج عن كونه دليلاً محمولاً على أحد الأصليين وهما الكتاب والسنة، وليس زائداً عليهما، لأنه مبنى على دليل وهو أن الحكم المستحسن يعتبر انتقال من دليل إلى دليل أخر هو أقوى منه، وقد يكون هذا الدليل انتقال من العسر إلى اليسر وهو أصل فى الدين كما عبر عن ذلك الإمام السرخسى.

قال الله تعالى: **﴿يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر﴾**[2].

(1) ينظر الأم للشافعى ٢٩٩/٨، والمبسوط للسرخسى ١٤٦/١٠، وينظر الموافقات للشاطبى ١٣٤/٤: ١٣٥.

(2) سورة البقرة الآية ١٨٥.

وماذا تقولون فى الذى أفطر ناسياً فى شهر رمضان حيث قال له النبى صلى الله عليه وسلم: "تم صومك فإنما أطعمك ربك وسقاك"[1].

فإذا قلنا إنه تزيد فقد وصفنا كلام النبى صلى الله عليه وسلم بالتزيد ولكن الأمر ليس كذلك فقوله صلى اله عليه وسلم "تم صومك" دليل جديد على صحة الصوم لأنه غير متعمد العصيان أو أنه استثناء حكم جزئى من دليل كلى عام، لأن النص يمنع تناول شئ فى نهار رمضان سواء أكان عامداً أم ناسياً أما الاستثناء فهو قول النبى عليه السلام "تم صومك"[2].

والآية جاءت كلية عامة تمنع تناول شئ فى نهار رمضان سواء أكان ذلك عن عمد أم نسيان فكانت الآية قياساً عاماً، ثم جاء الحديث واستثنى من هذا الدليل العام من أفطر ناسياً يتم صومه، وهذا ما يسمى بالاستحسان.

---

(1) أخرجه البخارى فى الصيام بمعنى قريب ١٥٥/٤ باب ٢٦ ومسلم فى الصيام ١٦٠/٣، والترمذى ٩١/٣، وأبو داود ٥٥٩/١.

(2) ينظر إبطال الاستحسان ذيل كتاب الأم ٢٩٩/٨ حيث إن معنى كلامه يشير إلى أن الاستحسان زيادة على الكتاب والسنة وينظر أصول الشيخ أبو زهرة ص٢٧١.

الحجة الخامسة:

أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يقل بما يسمى بالاستحسان ولا أفتى به، وهو الذى وصفه الله تعالى: **﴿وما ينطق عن الهوى﴾** فقد سئل عن الرجل يظاهر من زوجته فيقول لها: أنت على كظهر أمى، فلم يفت فى المسألة من نفسه، ولم يستحين فيها شيئا ولكنه قال للسائل: "**لا أجد لك فى كتاب الله شيئا**" [1].

فنزل قوله تعالى: **﴿الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم إن أمهاتهم إلا اللائى ولدنهم وإنهم ليقولون منكرا من القول وزورا وإن الله لعفو غفور رحيم﴾** [2].

ويرد على ذلك:

أن هذا الكلام الذى قلتم خارج عن مقصودنا فما كان فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئا، وما كان بعده شيئا أخر، لأن عهد النبى عليه الصلاة والسلام كان ينزل فيه الوحى ويجب علينا اتباع الوحى، ولم يفت النبى صلى الله عليه وسلم فيها لأنها لم تعرض عليه، ولم يسمع فيها شيئا من الوحى ونزول الوحى بهذه الأحكام والقضايا دليل على أنه وضعها

---

(1) والرواية مذكورة فى كتب الصحاح ومنها سنن أبى داود ٢/٢٣٣ عون المعبود.

(2) سورة المجادلة الآية ٣، وينظر كتاب الأم للإمام الشافعى ٨/٢٩٨، ط عباس الباز.

وأثبتها، وأما الاستحسان فهو تقديم دليل على دليل أخر ولا يعقل أن أحداً يختلف على تقديم دليل على دليل أو ترجيحه عليه وما الاستحسان إلا شيئاً من هذا(1).

الحجة السادسة:

إن بعض الصحابة استحسنوا شيئاً وأنكره عليهم النبى صلى الله عليه وسلم فقد روى أن بعض الصحابة أحرقوا مشركاً لاذ بشجرة(2)، وكذلك روى أن أسامة ابن زيد قتل رجلاً قال لا إله إلا الله تحت حر السيف فأنكر(3) النبى صلى الله عليه وسلم إحراق المشرك وأنكر قتل الرجل.

وأنزل الله تعالى قوله: **﴿يا أيها الذين آمنوا إذا ضربتم فى سبيل الله فتبينوا ولا تقولوا لمن ألقى إليكم السلام لست مؤمناً تبتغون عرض الحياة الدنيا فعند الله مغانم كثيرة كذلك كنتم من قبل فمن الله عليكم فتبينوا إن الله كان بما تعملون خبيراً﴾** (4).

---

(1) أصول الفقه للشيخ أبو زهرة ص ٢٧١.

(2) ينظر الأم للشافعى ٨/٣٠٤ أشار إلى هذه القصة.

(3) ينظر الأم الشافعى ٨/٣٠٣، ٣٠٤ حيث قال: شاور رجل من الصحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم فى قتل رجل من المنافقين فقال النبى صلى الله عليه وسلم أليس يشهد لا إله إلا الله قال بلى: فقال أليس يصلى قال بلى قال: صلى الله عليه وسلم أولئك الذين نهانى الله عنهم. الأم الشافعى ٨/٢٩٥، ط عباس الباز مكة.

(4) سورة النساء آية ٩٤.

الرد على هذه الحجة:

الاستحسان الذى عمله بعض الصحابة كان من غير دليـلى وبغير الرجوع إلى النبى صلى الله عليه وسلم، أما الاستحســـان عندنا فهو مبنى على دليل، وهذا لا يختلــف عليــه أحــد مــن العلماء[1].

الحجة السابعة:

الاستحسان ليس له ضابط ولا قياس معيــن يقــاس بــه فيعرف الصواب من الخطأ ولو جاز لكل مفت أن يستحسن مــن غير دليل ولا حجة لاختلف الناس فى المسألة الواحدة على أنواع شتى من الفتاوى من غير ترجيح[2].

الرد على ذلك:

إن الذى يختلف فيه العلماء من أهل الفتوى ليس هو فــى الأصول وإنما هو فى الفروع وأما الأصول فــالجميع متفقــون عليها، أما الفروع فالاختلاف فيها وارد لأننا نجد أن علة الربــا مثلا اختلفوا فيها على أقوال فمنهم من قال: إنها الكيل والــوزن مع الجنس، ومنهم من قال إنها الطعم مع الجنس ومنهم من قــال الاقتيات والادخار مع الجنس[3].

---

(1) كتاب الأم ٢٩٥/٨، وينظر أبو زهرة ص ٢٧١.

(2) الأم الشافعى ٣٠١/٨.

(3) الاختيار لتعليل المختار ٣٠/٢.

وقد اتفقوا جميعاً على أن الزيادة من نفس الجنس ربا.

الحجة الثامنة:

لو كان الاستحسان جائزاً من المجتهد من غير دليل من الكتاب أو السنة، والإجماع لكان ذلك ممكناً من العوام وعلى ذلك يستوى العوام والمجتهدون فى الفتوى.

الرد على هذه الحجة:

أن المقصود بالاستحسان هو ما كان مبنياً على دليل -أما الذى بنى على غير دليل فالجميع متفقون على بطلانه وفى الحقيقة: إن هذه الأدلة التى أشار إليها الشافعى ومن تبعه فى إنكار الاستحسان لا تنطبق بحال على ما يقول به الحنفية لما يأتى:

أولاً: إن هذه الحجج لا ترد على الاستحسان الذى قال به الحنفية، لأنهم يقولون: بأن الاستحسان هو تقديم دليل على دليل.

ثانياً: إن الاستحسان أحد نوعى القياس كما قالوا أيضاً لأن القياس عندهم إما جلياً وأما خفياً.

ثالثا: ما قاله الإمام الشافعى كله يرتبط بالاستحسان عن غير دليل وهذا واضح من كلامه فى الرسالة وفى كتاب الأم ومن كلام أصحابه أيضا[1].

رابعا: إذا رجعنا لكلام أصحاب الشافعى رضى الله عنه سنجد أنه هو نفسه يقول مثلا فى كتاب الرسالة: والاجتهاد لا يكون إلا على مطلوب، والمطلوب لا يكون إلا على عين قائمة تطلب بدلالة.

وهنا نقول: أليست المصلحة والضرورة تقتضى رفع الحرج عن الناس وهذه دلالة تستوجب النظر فى القياس إذا كان تطبيق القياس يترتب عليه عسرا.

ثم يقول: وإنما الاستحسان تلذذ، ولا يقول فيه إلا عالم بالأخبار عاقل للتشبيه[2].

فهو يجيز القول بالاستحسان بشرط أن يكون القائل له عالما بتشبيه الأمور بعضها بالبعض الآخر وكذلك عالم بالأخبار، أى بالسنة وهذا لم يختلف عليه أحد ثم يقول الإمام الشافعى فى الأم:

---

(1) الأم للشافعى ٢٩٥/٨، والمنخول ٤٧٧، ورفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب ٣٤٧/٢، وأصول الفقه لأبو زهرة ٢٧١.

(2) الرسالة فقرة ١٤٥٦، والفقرة ١٤٦٤.

ومن استجاز أن يحكم أو يفتى بلا خبر فكأنه قال: أفعــــل ما هويت.

ويقول: ولا يجوز لأحد أن يحكم أو يفتى بالاستحسان لأن الاستحسان ليس من معانى الكتاب ولا السنة.

وهنا يقصد الشافعى إذا كان الاستحسان عن هوى[1].

وقد أشرنا سابقا إلى كلام الشيخ أبى المظفــر الســمعانى عن الاستحسان وهو شافعى حيث قال: نحن لا ننـــازعكم فـــى الاستحسان بالمعنى الذى ذكرتم ولكن لا معنى لتخصيص هـــذا النوع من الدليل بتسميته استحسانا. واشار إلى كلام قريب مـــن هذا، الشيخ صفى الدين الهندى وقد مر ذلك فى كـــلام الحنفيـــة على الاستحسان.

وعلى هذا لا يكون الاستحسان إلا أنه احدى صور القياس وصورة الاستحسان فى القياس قد تكون بـــالنص، وقــد تكــون بالإجماع، وقد تكون بالضرورة، وقد تكون بالعرف، وهــذا مـــا يسمى بالاستحسان، لأن الأخذ بالقاعدة الأصلية أو الدليل الكلـــى العام قد يؤدى إلى حرج عظيم ومشقة فيــترتب عليــه اســتثناء بعض المواضع لرفع الحرج والمشقة عن الناس، فالقرض فـــى الأصل غير مباح لأنه درهم بدرهم إلى أجل ولكنه أبيح لما فيـــه من الرفق والتوسعة، وكذلك بيع الرطب باليابس فيه نوع غـــرر

---

(1) كتاب الأم للشافعى ٨/٢٩٨، و ص٣٠٠.

وجهالة، ولكنه أبيح فى بعض المواضع لما فيه من رفع الحرج عن الفقراء، وكذلك أداء الشعائر فيها ما يخفف عن الناس كالرخصة بالقصر فى السفر أو الفطر فى السفر كل ذلك أباحه الشارع خروجاً عن القاعدة الأصلية للتيسير على الناس ورفع الحرج عنهم[1].

الحجة التاسعة:

قال المنكرون لدليل الاستحسان:

إن الاستحسان قول بتخصيص العلة والعلة لا يجوز تخصيصها لأن تخصيصها نقضها[2].

---

(1) كتاب الأم للشافعى ٢٩٨/٨، و ص٣٠٠.

(2) اختلف العلماء فى جواز تخصيص العلة إذا تخلف الحكم عن الوصف لمانع فذهب أكثر الحنفية ومنهم القاضى أبو زيد ومشايخ العراق والكرخى والجصاص، وذهب الرازى وابن السبكى من الشافعية إلى جواز تخصيصها وذهب القاضى أبو يعلى وأكثر المالكية وأكثر المعتزلة إلى الجواز وذهب إلى الجواز أيضاً الإمام أحمد.

ينظر فى ذلك: كشف الأسرار على أصول البزدوى ٣٢/٤، ٣٣ وشرح المنار لابن ملك ٨٢٨ وشرح المنار للكاكى ١٠٨٠/٤ والتوضيح على التنقيح ١٨٤/٢، والعدة للقاضى أبى يعلى ١٣٨٦/٤ والمحصول للإمام الرازى ٣٢٣/٢/٢، وكشف الأسرار للنسفى ٢١٣/٢ ونشر البنود على مراقى السعود ١٤٢/٢، وذكر للشافعى قولين فى المسألة وكذلك ينظر المعتمد لأبى الحسين البصرى ٨٢٢/٢. وذهب أخرون إلى أنه لا يجوز تخصيص العلة وهم أكثر الشافعية وبعض الحنفية ومنهم أبو المظفر السمعانى من الشافعية ومشايخ ما وراء النهر من الحنفية.

ينظر قواطع الأدلة لأبى المظفر السمعانى ٦٧٠/٢: ٦٧٥، وينظر التبصرة للشيرازى ص٤٤٦ والإحكام للآمدى ٢٠٢/٣، والمنخول للغزالى ص٤٠٤، وقاعدة فى الاستحسان لابن تيمية ص٦٢: ٦٥ وأصول السرخسى ٢٠٤/٢، وكشف الأسرار على أصول البزدوى ٣٢/٤: ٣٣ والتلخيص لإمام الحرمين ٢٧١/٣.

واستدل المنكرون للاستحسان على عدم جواز تخصيص العلة فقالوا:

١- إن العلة إذا خصصت نقضت وإذا نقضت بطلت[١].

وأجيب عن ذلك من قبل المجوزين:

إن النقض على سبيل المضادة خلاف التخصيص فالنقض يعتبر إبطال كنقص البنيان، وأما التخصيص فهو بيان أن المخصوص لم يدخل فى العموم[٢].

٢- وقالوا: إن تخصيص العلة يدل على التناقض فى أدلة الشرع وهذا لا يجوز لأنه دل على أن الدليل ليس من عند الله[٣].

وأجيب عن ذلك بأن مسألة التخصيص مبناها على أن المعانى هل يكون لها عموم أم لا؟.

فعند المانعين للتخصيص لا عموم للمعانى فلا يجوز التخصيص وعند المجوزين للتخصيص المعانى لها عموم فيجوز التخصيص[٤].

---

(١) ينظر العدة للقاضى أبى يعلى ١٣٨٨/٤: ١٣٨٩.

(٢) ينظر شرح المنار للكاكى ١٠٨٣/٤.

(٣) قواطع الأدلة لأبى المظفر ٦٧٦/٢، ورفع الحاجب ٢٠٠/٤.

(٤) ينظر شرح المنار للكاكى ١٨٠٣/٤، وينظر أصول السرخسى ٢٠٨/٢.

واستدلوا أيضاً فقالوا:

إن تخصيص العلة يمنع من كونها أمارة وطريقاً إلى الحكم[1].

وأجيب عن ذلك:

بأن جعل العلة أمارة من عمل الشارع وإذا كانت من الشارع فجاز أن يجعل أمارة فى بعض المواضع دون البعض الآخر، وإذا تخلفت العلة عن الحكم فهذا لا يخرجها عن كونها أمارة لتخصيص العام[2].

واستدلوا أيضاً فقالوا:

إن نقض العلة يلزم فيه مانع أو انتفاء شرط، وإذا كان كذلك فيكون نقيض المانع أو انتفاء الشرط هو عدم المانع أو وجود الشرط جزء من العلة وعليه فالحكم لا يترتب إلا بالمجموع وهو عدم المانع أو جود الشرط.

---

(1) ينظر قواطع الأدلة لأبى المظفر المعانى ٢/٦٧٢.

(2) ينظر شرح المنار للكاكى ٤/١٠٨٢.

وأجيب عن ذلك:

إن انتفاء المانع أو وجود الشرط ليس من العلة لأن العلـة تفسر بما يستلزم وجود الحكم وعليه يكون النزاع لفظياً[1].

أدلة القائلين بالاستحسان

أولاً: أدلتهم من الكتاب:

قال الله تعالى: **﴿الذين يستمعون القول فيتبعون أحسـنه أولئك الذين هداهم الله وأولئك هم أولوا الألباب﴾** [2].

ووجه الدلالة فى هذه الآية الكريمة أن الله تعالى ذكر فـى معرض الثناء والمدح لمن أتبع حسن القول، أمر حسـن وليـس مباح، لأن المباح لا مدح فيه ولا ذم فيكون اتباع الحسن مـأموراً به، والاستحسان من قبيل الحسن أو الأحسن، واتباع الأحسن قـد يكون واجباً.

وقال الله تعالى: **﴿واتبعوا أحسن مـا أنـزل إليكـم مـن ربكم﴾**[3].

([1]) ينظر رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب ١٩٤/٤: ١٩٥.

وينظر تفصيلات أخرى فى نفس المرجع وإجابات عن كثير من الاعتراضات.

([2]) سورة الزمر آية ١٨.

([3]) سورة الزمر آية ٥٥.

وقال تعالى: ﴿**وأمر قومك يأخذوا بأحسنها**﴾ [١].

والاستحسان فى لفظه أحمد من الاستحباب؛ لأن القـــرآن جعل لفظة الاستحسان فى معرض المدح والثناء وهذا واضح من خلال عرض الآيات السابقة ولم يعبر عنها فى مقام الـــذم أمـــا لفظة الاستحباب فإن القرآن عبر عنها فى مقام المدح تارة وفـــى مقام الذم تارة أخرى[٢].

قال الله تعالى: ﴿**الذين يستحبون الحياة الدنيا على الآخرة ويصدون عن سبيل الله ويبغونها عوجـــا أولئـــك فـــى ضـــلال بعيد**﴾[٣].

وقال تعالى: ﴿**ذلك بأنهم استحبوا الحيـــاة الدنيـــا علـــى الآخرة وأن الله لا يهدى القوم الكافرين**﴾ [٤].

وهنا نجد أن القرآن استخدم لفظة الاستحسان اســـتخداماً محموداً فى معرض المدح والثنـــاء، وأمـــا لفظـــة الاســـتحباب فاستخدمت فى معرض الذم أكثر منها فى معرض المدح.

---

(١) سورة الأعراف آية ١٤٥.
(٢) ينظر كشف الأسرار على أصول البزدوى ١٩/٤.
(٣) سورة إبراهيم الآية ٣.
(٤) سورة النحل الآية ١٠٧.

قال الله تعالى: ﴿ألا تحبون أن يغفر الله لكم والله غفــور رحيم﴾ [1].

ثانياً: السنـــة:

قال عليه الصلاة والسلام: ما رآه المسلمون حســناً فــهو عند الله حسن وما رآه المسلمون سيئاً فهو عند الله سيئ"[2].

وقد روى عن اياس بن معاوية أنه قال: "قيسوا للقضاء ما صلح الناس، فإذا فسدوا فاستحسنوا"[3].

ثالثاً: الإجمـاع:

لم يختلف أحد من علماء الأمة، ولم ينكر أحد منهم أن من دخل الحمام يحدد له وقت أو كمية ماء ولكنهم جميعاً عرفوا ولــم ينكروا أن كمية الماء المستهلكة وقضاء الوقت طويلاً أو قصــيراً غير محدد مع أن القياس يقتضى عدم الجواز فى هــذه الأمــور

(1) سورة النور آية ٢٢.

وانظر المصباح المنير فى تفصيل الكلام عن لفظة الاستحسان ١٢٧/١، وانظر كشف الأسرار للشيخ عبد العزيز البخارى ١٨/٤، ١٩، وانظـــر شـــرح المنـــار للكـــاكى ١٠٦٤/٤.

(2) سبق تخريج هذه الرواية وهى موقوفة على ابن عمر.

(3) وردت هذه الرواية فى كتاب أخبار القضاه ٣١٢/١، وذكرها القاضى أبو يعلـــى ١٦٠٦/٥ وأبو الخطاب ٩١/٤.

للجهالة فى الوقت وفى كمية الماء، ولكن الناس تعارفوا على التفاوت فى هذه الأمور فجوز ذلك استحساناً من غير أن ينكر أحد من أهل العلم شيئاً من مثل هذه الأمور[1]، والمسألة المشتركة فى الميراث وهى ماتت وتركت زوجاً –وأماً – وإخوة لأم – أخوة أشقاء الزوج ١/٢ والأخوة لأم ١/٣ وفى القياس أن يسقط الإخوة الأشقاء.

ولأنهم عصبة وبه قال الإمام أبو حنيفة وأحمد ورواية عن الشافعى.

وفى الاستحسان يجعلوا كلهم أولاد أم لاشتراكهم فى الأدلاء بالأم وتلغى قرابة الأب فى حق العصبة الشقيق واحداً كان أو أكثر ويقسم ثلث التركة على الجميع سواء كانوا لأم أو أشقاء[2].

لأن الأخوة الأشقاء قالوا لعمر رضى الله عنه:

([1]) ينظر شرح المنار وحواشيه، ص٨١٣ وشرح المنار للكاكى ١٠٥٦/٤ وأصول الفقه للشيخ زكى الدين شعبان ص١٧٥ وينظر كشف الأسرار على أصول البزدوى ١٩/٤.

([2]) ينظر حاشية البقرى على شرح الرحبية ص٢٧.

هب أن أبانا حجرا أو حمارا، أليست أمنا واحدة فاستحسن عمر رضى الله عنه ذلك وقضى بينهم بالتشريك ولم ينكر عليه أحد من الصحابة.

وكذلك أجمع العلماء على أن الجد مع الأخوة لا ينقض من السدس، وإذا لم يبق عن أصحاب الفروض إلا سدسا واحدا فقط. مثاله:

أم – زوج – جد – أخ، فإنه يكون للجد السدس فرضا ويسقط الأخ.

وإذا لم يبق سوى أقل من سدس المال يكون فرض الجد السدس ومثاله:

زوج – بنتين – جد – إخوه، فالجد يأخذ السدس وتعول المسألة لأن الزوج له ١/٤ والبنتين ٢/٣ والجد ١/٦ وتعول المسألة من ٦ إلى تسعة والباقى للأخوة(١).

رابعا: الاستقراء:

أنه قد ثبت بالاستقراء أن استمرار العموم فى حكم ما قد يؤدى إلى حرج عظيم وتفويت مصلحة على الناس ومن الرحمة والعدل الرفق أن يكون للمجتهدين دور فى رفع الحرج عن

---

(١) حاشية البقرى، ص٢٧: ٢٩ط محمد على صبيح.
وينظر إعلام الموقعين ١/٣٥٦ وبداية المجتهد ٢/٤٢٢.

الناس بالعدول عن عمومية هذا الحكم الكلى إلى استثناء بعض الجزئيات، بما يحقق الرفق والرحمة بالعباد.

وما الاستحسان إلا نوع من ذلك، لأنه عدول عن حكم إلى حكم آخر بدليل وهذا الدليل قد يكون نصا جديدا بخلاف النص الأول وقد يكون المصلحة وقد يكون غير ذلك[١].

أضف إلى ذلك أن الاستحسان هو ترك القياس والأخذ بما هو أوفق للناس وهو نوع من السهولة واليسر على الناس فيما يبتلون فيه والأخذ به نوع من السعة عليهم وعمل بما فيه سماحة لهم وراحة لقلوبهم[٢].

قال الله تعالى: **﴿يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر﴾**[٣].

وقال تعالى: **﴿وما جعل عليكم فى الدين من حرج﴾** [٤].

وقال تعالى: **﴿لا يكلف الله نفسا إلا وسعها﴾** [٥].

---

(١) الموافقات للإمام الشاطبى ١٣٤/٤.

(٢) المبسوط للإمام السرخسى ١٤٥/١٠.

(٣) سورة البقرة آية ١٨٥.

(٤) سورة الحج آية ٧٨.

(٥) سورة البقرة آية ٢٨٦.

وكذلك إذا استقرينا النصوص الشرعية نجد أن الشـــارع عدل فى بعض الأحكام عن القياس الأصلى إلى اســتثناء حكـم جزئى لمصلحة الناس والتيسير عليهم، ورفع الحرج عنهم وهــذا واضح فى رفع الإثم عن المضطر فى المخمصـــة والـترخيص بقصر الصلاة فى السفر أو فى حالة المرض والشاهد فى ذلــك آيات تدل على رفع الحرج عن الناس والأخذ بما هو أوفق لــهم وأيسر عليهم[١].

قال تعالى: **﴿فمن اضطر فى مخمصة غير متجانف لإثـم فإن الله غفور رحيم﴾** [٢].

قال تعالى: **﴿فمن شهد منكم الشهر فليصمه ومـن كـان مريضاً أو على سفر فعدة من أيام آخر﴾** [٣].

وقال تعالى: **﴿من كفر بالله من بعد إيمانه إلا من اكــره وقلبه مطمئن بالإيمان ولكن من شرح بالكفر صــدراً فعليــهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم﴾** [٤].

---

(١) ينظر الموافقات للشاطبى ٤/١٣٤: ١٣٥.
(٢) سورة المائدة آية ٣.
(٣) سورة البقرة آية ١٨٥.
(٤) سورة النحل آية ١٠٦.

وقد جاءت السنة مستثنية بعض الأحكام في السلم والإجارة والعريه وعقود الاستصناع وغيرها.

أما السلم فقوله صلى الله عليه وسلم: "من اسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم"[١].

وأما الإجارة فقوله صلى الله عليه وسلم: "من استأجر أجيرا فليعلمه أجره"[٢].

وأما العرية فما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم أجاز بيع الرطب باليابس لضرورة حاجة الفقراء فى الطعام[٣].

وأما عقود الاستصناع فهى جائزة عند العلماء بالإجماع ولم ينكر أحد منهم على الناس شيئا من ذلك من هذه العقود فإذا أراد أحد الناس أن يستصنع شيئا عند صاحب صنعه فهو في الأصل غير جائز لأنه عقد على شئ معدوم كما في السلم

---

(١) رواه البخارى ٤٤/٣، وابن ماجة ٥٦٧/٢، والدارمى ٧٦٠/٢.

(٢) رواه البخارى بلفظه فى الإجارات ٣٠٢/١، وابن ماجة فى الإجارة ص١٨٧ بلفظ "أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه".

(٣) روى البخارى فى البيوع بلفظ رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم فى العرايا بخرصها من التمر فيما دون خمسة أوسق أو فى خمسة أوسق شك من الراوى ٨١/٣ فى كتاب المساقاة، وورواه مسلم فى كتاب البيوع ١١٦٨/٣ وأبو داود فى البيوع رقم٣٣٦٢، والترمذى فى البيوع ١٣٠٠، والنسائى فى البيوع ٢٦٧/٧، وينظر كتاب الاختيار لتعليل المختار ٣٢/٢، وينظر الموافقات للإمام الشاطبى ١٣٥/٤: ١٣٦، وينظر شرح المنار للكاكى ١٠٥٦/٤: ١٠٥٧.

والإجارة لكن هذه الأشياء جوزت على خلاف القيـــاس لوجـــود الأدلة على جوازها ولما فيها من رفع الحرج والتيســـير علـــى الناس لأنه إذا أخذ فيها بالقياس وهو الدليل الكلى العام وقعوا فى حرج وصعب عليهم بعض الأمور أن يقضوا فيها حاجاتهم، ولما كان الأمر كذلك أجيزت هذه العقود على خلاف القياس[١].

قال الله تعالى: **﴿وما جعل عليكم فى الدين من حرج﴾** [٢].

قال صلى الله عليه وسلم: "بعثت بالحنيفية السمحة"[٣].

([١]) ينظر الاختيار لتعليل المختار ٣٨/٢.

([٢]) سورة الحج الآية ٨٧.

([٣]) رواه أحمد فى مسنده بلفظ أنى لم أبعث باليهودية ولا بالنصرانية ولكنـــى بعثـت بالحنيفية السمحة والذى نفس محمد بيده لغدوة أو روحه فى سبيل الله خير من الدنيـــا وما فيها ولمقام أحدكم فى الصف خير من صلاته ٦٠سنة. رواه البخارى فى كتـــاب الإيمان ١٥/١، وأحمد فى المسند ١١٦/٦.

خلاصة أقوال العلماء

مما سبق عرضه يتضح لنا أن الاختلاف بين العلماء فـــي دليل الاستحسان اختلاف لفظى وأنهم جميعا متفقون على أن مـــا بنى على غير دليل فـــهو بـــاطل وأن الحنفيـــة يقولـــون بـــأن الاستحسان دليل يحتج به وأن مخالفيهم لم يفهموا قصدهم وهـــذا ما أشار إليه الحسين البصرى حيث قال:

وأن أصحاب المقالة أعرف بمقصود أســـلافهم[1]، وقـــال الإمام السرخسى: إن الاستحسان والقيـــاس يعتـــبران قياســـيين متعارضين، ويجب ترجيح أحدهما على الآخر ليعمـــل بـــه مـــا أمكن، ولكن أحد القياسيين سمى بالاستحسان إشـــارة إلـــى أنـــه الوجه الأولى فى العمل[2].

وعلى ذلك كان الاستحسان حجة ودليلا اتفق عليه الحنفية وكثير من الحنابلة وقال به المالكية حتى أن الإمام مالك رضـــى الله عنه قال: الاستحسان تسعة أعشار العلم وهذا موجـــود فـــى كتب المالكية كالموفقات والاعتصام وغيرهما.

([1]) قال أبو الحسين والذى حصله متأخروا أصحاب أبى حنيفة أن الاستحســـان هـــو: عدول فى الحكم عن طريقه إلى طريقة أخرى هو أقوى منها وهذا أولى ممـــا ظنـــه مخالفوهم، لأنه الأليف بأهل العلم، وأن أصحاب... ينظـــر المعتمـــد لأبـــى الحســـين ٢/٢٩٥ ط دار الكتب العلمية.

([2]) ينظر أصول السرخسى ٢/٢٠٠.

والإمام البزدوى يقول:

هو العدول عن موجب قياس إلى قياس هو أولـــى منـــه وكأن الاستحسان هنا قياس، والقياس الآخر هو معارض لـــه إلا أن القياس الثانى وهو الاستحسان أولى بالعمل[1].

وقال الإمام السرخسى: الاستحسان أصل فى الدين[2].

لقوله تعالى: **﴿يريـــد الله بكـــم اليســـر ولا يريـــد بكـــم العسر﴾**[3].

وقال صلى الله عليه وسلم: "لعلى ومعاذ حينما بعثهما إلى اليمن (**يسرا ولا تعسرا قربا ولا تنفرا**)" [4].

---

(1) كشف الأسرار للشيخ عبد العزيز البخارى ٤/٤، ٥. ويقول الإمام السرخســى: أن الاستحسان دليل معارض للقياس الظاهر وهو فوقه فى القوة والعمل به واجب وسـموه استحسانا للتفرقة بينه وبين الدليل الظـــاهر، أصـــول السرخســى ٢/٢٠٠، وينظـــر الموافقات ٢/١٣٤.

(2) ينظر المبسوط للسرخسى ١٠/١٤٥.

(3) سورة البقرة آية ١٨٥.

(4) رواه البخارى فى المغازى ٣/٤١٨، ط دار الفكر ورواه مسلم برقم ٢٨١٦ فـــى الأشربة ٦/١٠٠ط دار الفكر وأحمد فى المسند بلفظ سددوا وقاربوا ويســـروا ٦/١٢٥ ط دار صادر بيروت.

وقال صلى الله عليه وسلم: "ألا إن هذا الدين متين فاوغلوا فيه برفق فإن المنبت لا أرضا قطع ولا ظهرا أبقى"[1].

ورأينا الإمام الشاطبى يقول: هو الأخذ بمصلحة جزئية فى مقابلة دليل كلى[2].

ورأينا الإمام الشافعى ينفى كل فتوى قيلت بغير دليل ومما سبق أن عرضناه وجدنا أن الجميع ينكرون كل حكم بغير دليل ولم نرى رد الاستحسان من حيث هو استحسان، ولكن وجدنا الرد للاستحسان من حيث كونه بغير دليل وكما قلنا: أن الحنفية ومن نحا نحوهم لا يقولون بالاستحسان من غير دليل ولكن لهم فى كل حكم دليل وهذا واضح من عرض شيخهم البزدوى وكذلك السرخسى وكبار أئمتهم فينتج عن ذلك أن جميع الأئمة سواء كانوا المقرين أو المعارضين يقولون بالاستحسان وأن كان بعضهم ينكر التسمية بلفظ الاستحسان فلا مشاحه فى اصطلاح اللفظ وقد سبق أن أشرنا إلى أن الحنفية قالوا: إنما سميناه استحسانا لأنه الجانب الأولى بالعمل وهو المرجح على الجانب الآخر، أما إنكار كثير من الناس من غير أن يتمعنوا

---

(1) هذا الحديث رواهَ النسائى فى سننه عن ابن عباس ٢٦٨/٥. كتاب الحج فى باب التقاط الحصى ورواه ابن ماجه فى سننه ٤٦٦/١ فى المناسك.

وقال: هذا حديث على شرط الشيخين ولم بخرجاه.

(2) وينظر الموفقات للإمام الشاطبى ١٣٤/٤: ١٣٥ ونهاية السول للأسنوى١٣٨/٣.

بوفق مقصد مخالفيهم فهذا أمر لا يعول عليه فـــى هـــذا الأمـــر وحسبنا ما قال الأمام القاضى أبى الحسين البصرى:

بعد تعريف الاستحسان واختياره تعريف الشيخ الكرخـــى -وقد سبقت الإشارة إلى ذلك-: إن أصحـــاب المقالـــة أعـــرف بمقاصد أسلافهم[1] وهذا تعبير جيد وكذلك قول الشيخ الطوفـــى: وقد قرر محققو الحنفية الاستحسان على وجه بديع فـــى غايـــة الحسن واللطافه وذكرت المقصود غيرها هنا وليس عنـــدى الآن شئ من ذلك بعينه لكن اذكر جملة من ذلك من كـــلام الـــبزدوى وهو أصل ما أشرت إليه.

قال: الاستحسان أحد القياسين لكن سمى استحسانا إشـــارة إلى أنه الوجه الأولى فى العمل وأن العمل بالآخر جائز ثم قـــال الطوفى نقلا عن البزدوى أيضا وللاستحسان أقسام منها ما ثبـــت بالأمر كالسلم والأجارة ومنها ما ثبت بالأجماع كالاستصناع[2].

وكذلك نجد صاحب نشر البنود على مراقى السعود قـــال: إن الاستحسان هو الأخذ بأقوى الدليلين ولا خـــلاف فـــى ذلـــك للإجماع على وجوب الأخذ بالراجح[3].

---

(1) ينظر: المعتمد لأبى الحسين فى هذه المقولة ٢/٢٩٥.

(2) ينظر: مختصر الروضة للشيخ الطوفى ١٩٩/٣ ط مؤسسة الرسالة بيروت.

(3) نشر البنود على مراقى السعود ٢/٢٥٥: ٢٥٧.

وقد أشرنا إلى كلام أبى المظفر السمعانى الذى قال فيـــه: نحن لا ننازعكم فى الاستحسان بالمعنى الذى ذكرتـــم ولكـــن لا معنى لتخصيص هذا النوع بتسميته استحسانا[١].

وقال الشيخ صفى الدين الهندى: إن قُطع بكونـــه دليـــلا جاز التمسك به وفاقًا وإن لم يكن التعبير عنه وكان مترددا بيـــن الخيال والوهم لم يجز التمسك به وفاقا، وهذا الدليل الذى هو فـــى نفس المجتهد يتميز عن غيره لعدم التعبير عنه، وهذا لا يقدح فى كونه دليلا فكان جائزا وفاقا، وعلى هذا يكون إيلا إلى التســـمية ولا حاصل له[٢].

وهذا ما قاله الإمام ابن حزم فى الأحكام والحق لا يكـــون فى الاستحسان من غير دليل ولا برهان[٣].

وكذلك قول الشيخ محمد تقى الحكم من علمـــاء الشـــيعة حيث عبر عنه بقوله: إذا كان الاستحسان هـــو الأخـــذ بـــأقوى الدليلين فهو حسن، ولا يمنع الأخذ به[٤].

ونخلص عما سبق أن دليل الاستحسان قال به كل الأئمـــة ولكن المنكر فيه التسمية فقط.

---

(١) قواطع الأدلة لأبى المظفر السمعانى ٢/٢٧٠، وينظر ما قاله السهرودى فى كتاب التنقيحات فى أصول الفقه ص٣١٥، ٣١٦.

(٢) ينظر نهاية الوصول فى دراية الأصول ٨/٤٠٠٥.

(٣) الإحكام فى أصول الأحكام لابن حزم ٦/٧٥٧. ط دار الحديث.

(٤) أصول الفقه المقارن للشيخ محمد تقى الحكم ص ٣١٣ ط دار الأندلس بيروت.

المبحـــث الخامـــس

فـى

أقسام الاستحسان

المطلـب الأول

أقسام الاستحسان من حيث القوة والضعف فى الأثر

المطلـب الثانى

حكم تعارض الاستحسان مع غيره من الأدلة

المطلب الثالث

المسائل التى يقدم فيها القياس على الاستحسان

المطلب الرابع

أنواع الاستحسان من حيث ثبوته بالدليل

المبحث الخامس

أقسام الاستحسان من حيث القوة والضعف فى الأثر

القسم الأول : من القياس وهو ما كان ضعيف الأثر.

القسم الأول : من الاستحسان ما كان قوى الأثر.

القسم الثانى : من القياس ما ظهر فساده وأستترت صحته.

القسم الثانى : من الاستحسان ما ظهر أثره وخفى فساده[1].

ولذلك سمى الذى ضعف أثره قياساً والذى قوى أثره استحساناً وأما الذى ظهر فساده واستترت صحته فى مقابلة ما ظهر أثره وخفى فساده وهو الاستحسان أيضاً ولكن العمل يكون بقوة الأثر فيسقط ضعيف الأثر فى مقابلة قوى الأثر. فإذا كان قوى الأثر هو الاستحسان يقدم على القياس وإن كان قوى الأثر هو القياس يقدم على الاستحسان ويكون معناه أربعة أقسام من القياس والاستحسان؛ لأن كلا منهما ينقسم إلى قسمين إلا أن كل قسم من القياس يقابله قسم من الاستحسان.

---

(1) كشف الأسرار على أصول البزدوى ٤/٣، ٤. وينظر مختصر الروضة للطوفى ٣/٢٠٠: ٢١٠.

مثال القياس ضعيف الأثر:

سؤر السباع للطيور الجارحة فإنه فى القياس نجـس؛ لأن السؤر معتبر باللحم ولحم هذه الطيور حرام فيكـون سـؤرها نجساً كسؤر سباع البهائم من الأسد والذئب والفهد، وأمـا قـوة الأثر فى الاستحسان فى مقابلة القياس فنقول: إن القيـاس هنـا ضعيف الأثر وهو قياس سباع الطيور على سباع البـهائم؛ لأن سباع البهائم سؤرها معتبر باللحم؛ ولأن لعابها نجـس فيكـون سؤرها نجس ولحمها نجس؛ لأنها تأكل بلسانها فيختلـط لعابـها بالماء، واللعاب يتولد من اللحم وهذا ضعيف الأثر بالنسبة إلـى سباع الطيور لأنها تأخذ بمنقارها، والمنقار عظم والعظم طـاهر فيكون سؤرها طاهر بدليل أن عظم الميت طاهر فيكون أولى أن عظم الحى طاهر فلا يتنجس الماء بلعاب سباع الطيور.

وأما القسم الثانى وهو ما ظهر فساده واستترت صحتـه فى مقابلة الاستحسان الذى ظهر أثره وخفى فساده فمثاله فيما إذا قرأ آية السجدة فى الصلاة فإذا كانت فى آخر السورة فإن شـاء ركع بها وإن شاء سجد ولكن الركوع يحتاج إلى النية بخـلاف السجود. وأما إذا كانت آية السجدة فى وسط السورة فينبغـى أن يسجد سجدة التلاوة ثم يقوم فيقرأ ما بقى. وإذا رجع فى موضـع السجدة يجزئه أما إذا ختم القراءة ثم رجع لا يجزئه سواء نـوى

عنها أم لم ينو؛ لأنها بقيت ديناً فى ذمته فلا تتأدى بالركوع بعد القراءة ولا تتأدى بالسجدة الصلاتية.

والقياس أن سجدة التلاوة تسقط بالركوع فى موضع السجدة ويجزئه ذلك. والاستحسان أنها لا تسقط بالركوع، ووجه الاستحسان: أننا أمرنا بالسجود لقوله تعالى: **﴿فاسجدوا لله واعبدوا﴾** [1].

وأما القياس أن الركوع والسجود متشابهان فى معنى الخضوع لله تعالى، ولهذا أطلق اسم الركوع على السجود فى قوله تعالى **﴿وخر راكعاً وأناب﴾** [2] أى ساجداً والخرور بمعنى السقوط، ولما ثبت وجه التشابه أنيب الركوع مقام السجود، وهذا قياس ظاهر استترت صحته فى مقابلة الاستحسان الذى ظهر أثره وخفى فساده فيكون العمل بالقياس هنا أولى بسبب قوة أثره الباطن ويكون الاستحسان أقل بسبب خفاء فساده[3].

التقسيم الثانى باعتبار فساد الباطن والظاهر إلى أربعة أقسام كل قسم من القياس يقابله قسم من الاستحسان:

([1]) سورة النجم الآية ٦٢.

([2]) سورة ص من الآية ٢٤.

([3]) وهذه الأقسام من كتاب جامع الأسرار فى شرح المنار للنسفى للشيخ محمد الكاكى ١٠٦٠/٤-١٠٦١ وينظر شرح المنار وحواشيه ص٨١٤، وينظر أصول السرخسى ٢٠٤/٢.

القسم الأول : قياس صحيح الظاهر والباطن.

استحسان صحيح الظاهر والباطن.

القسم الثانى : قياس فاسد الباطن صحيح الظاهر.

واستحسان فاسد الظاهر والباطن.

القسم الثالث : قياس فاسد الباطن صحيح الظاهر.

واستحسان فاسد الباطن صحيح الظاهر.

القسم الرابع : قياس صحيح الباطن فاسد الظاهر.

استحسان فاسد الباطن والظاهر(١).

وهذه أربعة أقسام تقابلها أربعة يكون المجموع ستة عشر قسماً باعتبار أن كل قسم له ما يقابله.

---

(١) ينظر كتاب التقرير والتحبير ٢٢٥/٣، وكشف الأسرار على أصول البزدوى ٢٢/٤، وينظر التعارض والترجيح بين الأدلة المختلفة فيها د. عبد اللطيف عبد الله البرزنجى ٣١١/٢.

حكم تعارض الاستحسان مع غيره

إذا تعارض الاستحسان مع القياس فأيهما يقدم؟.

يقدم الاستحسان فى حالة التعارض إلا مجموعة من المسائل بلغت اثنتا عشرة مسألة ذكرها فى شرح المنار لابن ملك فإذا تعارض القياس مع الاستحسان فى السلم قدم الاستحسان ومثاله قوله صلى الله عليه وسلم: "لاتبع ما ليس عندك"[١].

فما ليس عند الإنسان ممنوع من بيعه لأنه لا يملكه، ولكنه أجيز استحساناً فى السلم لقوله صلى الله عليه وسلم: "من أسلف فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم"[٢].

فرجح الاستحسان هنا لأن الذمة أقيمت مقام وجود المبيع.

وإذا تعارض الاستحسان مع القياس فى جواز الاستصناع قدم الاستحسان، والقياس أن العقد باطل لأنه عقد على معدوم ولكنه أجيز استحساناً؛ لأنه يعتبر من باب تعارض النص العام الذى قابلته مصلحة جزئية.

وإذا تعارض القياس مع الضرورة قدمت الضرورة استحساناً كإباحة الإطلاع على العورة من الطبيب للعلاج[٣].

---

(١) رواه أبو داود فى البيوع ٧٦٩/٣، والترمذى فى البيوع ٥٢٥/٣، والنسائى ٢٨٨/٧، وابن ماجه /٧٢٧.

(٢) سبق تخريج هذا الحديث فى الكلام على أدلة القائلين بالاستحسان.

(٣) ينظر كشف الأسرار على أصول البزدوى ٧/٤، وينظر المبسوط للسرخسى ١٤٥/١٠، وشرح المنار وحواشيه ص٨١٥.

وهذا ما يسميه الإمام الشاطبى بالمصلحة المغلوبة فى مقابلة المفسدة الغالبة حيث خرج الأمر عن حكم الاعتياد، وحكم الاعتياد هو عدم الاطلاع على العورات وهذه مصلحة لصيانة الأعراض، ولكن الأمر هنا تعلق به ما يدعو للخروج عن حكم الاعتياد للضرورة وهو إبقاء حياة النفس كقيام الطبيب بتوليد المرأة حيث لا توجد طبيبة تقوم بذلك، فالقياس هنا هو عدم الاطلاع على الغورات وهذا فى الأمر المعتاد والاستحسان هو جواز الإطلاع على العورات للعلاج أو لإنقاذ النفوس فقدم الاستحسان على القياس لوجود الضرورة وهى رفع المفسدة الغالبة التى لو أخذنا فيها بالقياس لهلكت نفس أو تضاعف المرض عند أحد الناس؛ لأن من الضرورة الإبقاء على الحياة والإبقاء على الحياة أصل فى الدين أما ستر العورة فهو من باب التكملة وإذا اعتبرت التكملة هنا فقد يؤدى ذلك إلى إبطال الأصل وإبطال الأصل هنا هو موت النفوس بتركها من غير علاج، أو بعدم إنقاذها من الغرق أو غيره وهذا لا يجوز بحال، ومن هنا قدم الاستحسان لرفع المفسدة الغالبة وهى إحياء النفوس على المصلحة المغلوبة وهى ستر العورات[1].

---

(1) ينظر الموافقات للإمام الشاطبى ١٦/٢: ١٧ مسألة لكل تكملة من حيث هى تكملة شرط وهو إلا يعود اعتبار التكملة على الأصل بالإبطال.

المسائل التى يقدم فيها القياس على الاستحسان

ذكر فى حاشية الرهاوى على المنار عدة مسائل يقدم فيها القياس على الاستحسان وهى أثنتا عشرة مسألة.

المسألة الأولى: سجدة التلاوة.

اتفق العلماء على أنه يجوز أداء سجدة التلاوة بسجدة الصلاة ولو لم ينو ذلك، ولكنهم اختلفوا فى جواز أداء سجدة التلاوة بالركوع نيابة عن السجود.

فقال الإمام محمد: لابد للركوع من النية فى نيابة الركوع عن سجدة التلاوة. وقال الإمام أبو حنيفة، وأبو يوسف: إذا كانت القراءة قصيرة لا تشترط النية ويجوز أن ينوب الركوع مقام السجود وأما إذا كانت القراءة طويلة بعد أية السجدة ولم يسجد لها بقيت فى ذمته ولا ينوب عنها الركوع.

والقياس هنا أنه يجوز أن ينوب الركوع مقام السجود إذا كانت القراءة قصيرة وفى الاستحسان لا يجوز وهنا يقدم القياس على الاستحسان.

وجه القياس أن الركوع والسجود يتشابهان فى الخضوع ووجه الاستحسان أن الركوع لا يجزئ عن السجود لأن الله أمرنا بالسجود. ولكن هنا قدم العمل بالقياس لقوة أثره الباطن

وقوة الأثر الباطن للقيـــاس أن الســـجود[1] لـــم يشـــرع قربـــه مخصوصة بذاتها، ولكن المقصود منه هو التواضع والخضـــوع لله تعالى والركوع فى الصلاة يعمل المقصود من الســـجود لأن كلا منهما عبادة فيسقط السجود بالركوع بخلاف الركـــوع فـــى الصلاة لا ينوب عن السجود فيها لأن كلاً من الركوع والســـجود فى الصلاة عبادة مقصودة بنفسها[2].

المسألة الثانية:

إذا أقام رجلان كل واحد منهما البينة على ثالث حى بأنـــه ارتهن الدار التى فى يده وأقبضها له، ولكن لـــم يذكـــر تـــاريخ قبضها له ففى القياس لا يثبت الرهـــن وتســـقط البينـــات وفـــى الاستحسان يثبت الرهن لهما ويجعل كأنهما ارتهناها معا، وأمـــا إذا كانت الدعوى على ميت ففى القياس لا يثبت الرهن وأما فى الاستحسان يقتسماها معا.

---

(1) ينظر الاختيار لتعليل المختار ٧٥/١.

(2) ينظر حاشية الرهاوى على المنار ص ٨١٨-٨٢٠. وينظر أصـــول السرخســـى ٢٠٤/٢، ٢٠٥.

المسألة الثالثة:

إذا وقع الخلاف بين المسلم إليه ورب السلم فى ذرعين المسلم فيه. ففى القياس يتحالفان ويفسخ السلم وهو الأولى. وفى الاستحسان القول قول المسلم إليه.

المسألة الرابعة:

إذا دفع الرجل إلى زوجته بدلاً من المهر رهناً يساوى مهر المثل ثم طلقها قبل الدخول. ففى القياس لا يكون رهناً بالمتعة وإذا هلك لا يكون مقابل المتعة[1].

وللزوجة أن تطالبه بالمتعة وهو الأولى. وفى الاستحسان يكون رهنا بالمتعة، وإذا هلك عندها ملك بالمتعة.

المسألة الخامسة:

إذا غصب العقار فإنه لا يكون مضموناً فى القياس وهو الأولى وفى الاستحسان يكون مضموناً.

المسألة السادسة:

إذا شهد أربعة على رجل بالزنا، وشهد عليه اثنان آخران بأنه محصن، وأمر القاضى برجمه ثم تبين أن شاهدى

---

(1) وذكر هذه المسألة وهى أخذ الزوجة رهناً بالمهر فى المبسوط للإمام السرخسى ٨٥/٥. وينظر شرح المنار وحواشيه ٨١٨: ٨٢٢، وينظر أصول السرخسى ٢٠٥/٢.

الإحصان عبدين أو أنهما رجعاً عن شهادتهما، والمرجوم لم يمت فهل يحد مائة جلدة؟ القياس أنه يحد وهو الأولى. وأما في الاستحسان فإنه يدرئ عنه الحد ويسقط ما بقى.

المسألة السابعة:

إذا شهد أربعة على رجل بالزنا فقضى القاضى عليه بالحد مائة جلدة، ثم شهد شاهدان بأنه محصن والجلد لم يكمل عليه. ففى القياس يرجم وهو الأولى وفى الاستحسان لا يرجم.

المسألة الثامنة:

إذا وكل المستأمن مستأمناً آخر بالخصومة ثم لحق الموكل بدار الحرب دون الوكيل ففى القياس ينعزل الوكيل وهو الأولى وفى الاستحسان لا ينعزل[1].

المسألة التاسعة:

إذا كان للرجل ابن معتوه، والمعتوه له ابن من أمة الغير فاشترى الأب هذه الأمة لابنه المعتوه، فهل يقع الشراء للأب أم للابن؟. فى الاستحسان يقع الشراء للابن وفى القياس يقع للأب.

([1]) ينظر شرح المنار وحواشيه ص٨٢٠.

المسألة العاشرة:

رجل حفر بئراً فى الطريق فوقع فيها رجل تعلق برجل ثانى، والثانى تعلق بثالث فوقعوا جميعاً فماتوا فعلى من تكون الدية إذا وجد بعضهم فوق بعض؟.

فى الاستحسان دية الميت الأول ثلثها على الحافر وثلثها على الثانى وثلثها هدر، ودية الميت الثانى نصفها على الأول ونصفها هدر، ودية الميت الثالث كلها على الثانى.

وأما فى القياس يكون الميت الأول ديته على الحافر ودية الثانى على الأول ودية الثالث على الثانى وهذا يكون على عواقلهم.

وأما إذا لم يعلم من مات منهم فوق الأخر بطل ذلك وأخذ بالنصف وهذا فى القياس وهو الأولى.

المسألة الحادية عشرة:

فى نكاح الأصل، إذا قال الرجل لعبده هذا ابنى أو قال لأمته هذه ابنتى لا يقع العتق استحساناً وفى القياس يقع وهو الأولى[1].

---

(1) ينظر حاشية الرهاوى ص٨١٦: ٨١٨.

المسألة الثانية عشرة:

فى طلاق الأصل، إذا قال الرجل لامرأته إذا ولدت فأنت طالق.

فقالت: قد ولدت، وكذبها الزوج فـــلا يصـــدق ولا يقــع الطلاق فى القياس وهذا هو الأولى. وفى الاستحســـان، يصـــدق ويقع الطلاق.

ولو قال لها: إذا حضت فأنت طالق. فقالت قد حضـــــت: يقع الطلاق قياساً، ولا يقع فى الاستحسان[1].

---

(1) ذكر فى الاختيار مسألة شبيهة بذلك ٣/١٤١، وكذلك فى المبسوط مسائل شـــبيهة بذلك ٦/٤٧ وينظر شرح المنار وحواشيه ٨١٦: ٨١٨.

أنــواع الاستحســان

من حيث ثبوته بالدليل

النوع الأول :

الاستحسان بالنص. ومعناه أن يرد نص بحكم فى مسألة بخلاف الحكم الذى ثبت بالدليل العام فى نص آخر[1].

وقد عبر عنه الإمام الغزالى بقوله: إن هذا مما لا ينكر، وإنما الإنكار فى لفظ الاستحسان نفسه وتخصيص هذا النوع بتسميته استحساناً من بين سائر الأدلة. وقد يكون النص من القرآن أو السنة.

مثاله قوله تعالى: **﴿أحل لكم ليلة الصيام الرفث إلى نسائكم إلى قوله تعالى: ثم أتموا الصيام إلى الليل﴾** [2] فقد نصت الآية على أن الصيام يبدأ من طلوع الفجر إلى غروب الشمس وقت دخول الليل.

---

(1) ينظر الاجتهاد فيما لا نص فيه، د/ الطيب خضرى ٣٨/٢.

(2) سورة البقرة آية ١٨٧، وينظر المستصفى للإمام الغزالى ١٣٩/١، وينظر رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب ٥٢٢/٤ وقواطع الأدلة لأبن المظفر السمعانى ٧٥٤/٢ حيث قال: إن كان الاستحسان هو الحكم بما يجسن فى النفس فهو باطل وإن كان بأقوى الدليلين فلا معنى لتسميته استحساناً. وإن كان استحساناً محل الشرع استحسان فلا معنى لتخصيص بعض المواضع دون بعض.

والقياس فى الآية أن من يتناول شيئا فى نهار رمضان سواء كان عامدا أو ناسيا فهو مفطر، ثم ورد الاستثناء على أن من تناول شيئا ناسيا فى نهار رمضان فهو باق على صيامه.

لقوله صلى الله عليه وسلم: "تم صومك إنما أطعمك ربك وسقاك"(١).

وهذا هو دليل الاستحسان بأن من أفطر ناسيا غير عامد فلا قضاء عليه ويتم صومه.

المثال الثانى قال الله تعالى: **﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾** (٢).

فالقياس هنا فى الأصل أن التمليك فيما بعد الموت لا يجوز لما يترتب عليه من عدم توافر التراضى بين الطرفين الحى والميت ولكن الآية جاءت مستثنية الوصية بعد الموت فإجازتها فكانت الوصية مستثناة من القاعدة العامة والأصلية وهى التراضى بين الطرفين، لأن ملك المالك بعد الموت يزول بالموت فلا تجوز الوصية، وأما فى الاستحسان فيجوز ذلك

---

(١) رواه البخارى بلفظ قريب من هذا فى كتاب الصيام باب ١٥٥/٤/٢٦، ورواه مسلم فى ١٦٠/٣، والحاكم فى المستدرك رقم ٤٣٠/١: ٤٣١، والترمذى ٩١/٣، وأبو داود ٥٥٩/١، وابن ماجه ٥٣٥/١.

(٢) سورة النساء آية ١١.

لوجود دليل دل على جوازه وهو استثناء من القاعدة العامة وهى لزوم التراضى بين الطرفين وهما الحى والميت[1].

المثال الثالث:

البيع بالسلم وهو بيع الآجل بالعاجل والقاعدة فى القيـــاس أن هذا البيع لا يجوز لأنه بيع معدوم ولكن خروجاً على القـاعدة لحاجة الناس أجاز الشرع هذا البيع لرفع الحرج عن الناس لأنهم فى حاجة إليه وهذا الجواز فى السلم مبنى على دليل هــو قولــه صلى الله عليه وسلم: "من أسلف فليسلف فى كيل معلــوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم".

وهذا الجواز استثناء من القياس الذى سبقت الإشارة إليـه، لأن القياس عدم الجواز لأنه بيع معدوم لقوله صلـــى الله عليــه وسلم "لاتبع ما ليس عندك"[2] والاستحسان هو الجـــواز لقولــه صلى الله عليه وسلم "من أسلف الحديث".

---

(1) ينظر تعريف الوصية فى الاختيار لتعليل المختار ٥/٦٢، وينظر كشف الأســرار على أصول البزدوى.

(2) سبق تخريجه. وينظر حاشيه الرهاوى ص٨٨٢، وأصول الشيخ زكـــى الديــن شعبان ص١٥٤.

النوع الثانى: الاستحسان الثابت بالإجمـــاع ومعنـاه أن يترك القياس فى مسألة لوجود اتفاق بين العلماء على حكم آخـر خلاف هذا الحكم[١].

مثاله:

عقود الاستصناع، فقد اتفقت كلمة العلماء على صحة هذه العقود، لأن الأصل والقاعدة أن العقد لا يجوز على معدوم ولمـا كان الناس فى حاجة إلى مثل هذه العقود، ولا ينقطعـون عنـها وأن الأخذ فى ذلك بالقياس يسبب لهم حرجاً شديداً أجاز الشـرع هذه العقود على خلاف القاعدة استحساناً كما لو اتفق شخص مـع نجار أن يعمل له غرفه نوم وكما لو اتفق مقاول مـع صـاحب سيارة مياه أن يورد له ما يكفيه من المياه لرى أرض أو عمـل مبانى لزوم الإنشاء، وقد صارت هذه العقود لا غنى للناس عنـها فأجمع العلماء على جوازها من غير أن ينكر أحد ذلك فـأجيزت من قبيل الاستحسان[٢].

وكذلك دخول الحمام من غير تقدير لكمية الماء المسـتهلك أو تقدير الوقت الذى يقضيه داخل الحمام فالأصل عـدم جـواز

---

(١) ينظر أصول الفقه للشيخ البرديس ص١٥٦، أصول الفقـه للشـيخ أبـى زهـرة ص٢٦٧.

(٢) ينظر أصول الفقه للشيخ زكى الدين شعبان ص١٥٤، ١٥٥.

ذلك لجهالة المقدار والوقت ولكنه أجيز استحساناً لحاجة النـــاس إلى مثل هذه الأمور ولأنهم تعارفوا عليها من قديم حتى منذ عهد النبى صلى الله عليه وسلم.

وكذلك أجمع العلماء على جواز بيع المعاطاة فى الأشـــياء الخسيسة التى هى ضعيفة القيمة كالفجل والجرجير أو رغيـــف وغير ذلك. هذا كله أجيز من غير نكير على خلاف القــاعدة لأن القاعدة أو القياس يقضى ببطلان البيع فى هـــذه الأشـــياء لعـــدم وجود صيغة التراضى بين الطرفين ولكنها أجـــيزت استحســـاناً لحاجة الناس إلى مثل هذه الأشياء واعتيادهم على البيع والشـــراء بهذه الطريقة، ولأنه لو منع الناس من بيع هـــذه الأشـــياء بـــهذه الطريقة لوقع الناس فى حرج شديد والشارع لم يضع حرجاً قــط على الناس بل إن الأدلة من الكتاب والسنة تشير إلـــى التيســـير على الناس[1].

النوع الثالث: الاستحسان بالضرورة ومعناه العدول عـــن حكم القياس لوجود ضرورة توجب مخالفة الحكم الأصلى واتباع ما يقتضيه الحال[2].

---

(1) ينظر شرح المنار للكاكى ١٠٥٧/٤، وأصول الشيخ البرديسى ص١٥٦.

(2) ينظر الاجتهاد فيما لا نص فيه د/ الطيب خضرى ٣٨/٢. وينظر أصـــول الفقـــه للشيخ أبى زهرة ص٢٦٧.

ومثاله:

قال الإمام السرخسى[1] رضى الله عنه:

إن المرأة عورة لا يجوز النظر إليها من رأسها حتى أخر قدميها لأن هذا هو القياس والقاعدة والأصل وأما إذا دعت الحاجة إلى الإطلاع على هذه العورة إما لإنقاذ نفس أو ضرورة علاج يقوم به طبيب، وهنا نكون بين أمرين إما أن نأخذ بالقياس والقاعدة ولا يطلع أحد على هذه العورة فيترتب على ذلك مفسدة أكبر من مصلحة ستر العورة وهو موت المرأة إذا لم تنقذ بالعلاج أو التدخل الجراحى، وإما المحافظة على حياة هذه النفس والقيام بعلاجها حتى ولو كان ذلك بطبيب رجل إذا لم توجد طبيبة أنثى، وهنا لابد أن نأخذ بالاستحسان وهو جواز الاطلاع على العورة لضرورة العلاج أو إنقاذ حياة نفس من النفوس[2].

المثال الثانى وهو فى شهادة غير المسلمين على المسلمين.

(1) سبقت ترجمة الإمام السرخسى.

(2) ينظر المبسوط للإمام السرخسى ١٤٥/١٠ وينظر الموافقات للإمام الشاطبى ١٣٥/٤.

وشهادة غير المسلمين لا تقبل على المسلمين لقوله تعالى: **﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا﴾** [1].

فالقياس والقاعدة إلا تقبل شهادة غير المسلم على المسلم ولكن فى الاستحسان تقبل لأنه قد يكون ما يوجب العدول عن هذه القاعدة وتقبل شهادة غير المسلم على المسلم إذا دعت الضرورة والحاجة إلى ذلك.

ومثاله: إذا ادعى مسلم أن ذمياً أوصى إليه واحضر غريماً مسلماً عليه حق للموصى، وهذا الغريم مقر بالحق، ولكنه ينكر موت الذمى، والإيصاء، فإذا شهد ذميان بالموت والوصية قبلت شهادتهما، والقياس عدم قبول هذه الشهادة، لأنها شهادة على المسلم قصداً، وقبول الشهادة استحساناً، ووجه قبولها أن الوصية تقع عند الموت، وموت غير المسلمين يكون فى منازلهم، والمسلمون لا يخالطونهم، فإذا قلنا بالقياس ضاعت الحقوق ومن هنا قدم الاستحسان على القياس حفاظاً على الحقوق ورفعاً للحرج عن الناس لما يترتب عليه من ضرر إذا أخذ بالقياس[2].

---

(1) سورة النساء الآية رقم ١٤١.

(2) البناية على الهداية ٦٦/٢، وفتح القدير ٦٧/٢.

وينظر الاشباه والنظائر لابن نجيم ص٨٩. وينظر الاجتهاد فيما لا نص فيه د/الطيب ٤١/٢.

المثال الثالث: في الكلام على ما يدخل جوف الصائم.

جاء في البناية على الهداية إذا دخل حلق الصائم تراب أو ذباب فالقياس أن صومه يفسد إذا كان ذاكراً لصومه وأما في الاستحسان لا يفسد صومه لأن مثل هذه الأشياء لا يمكن الاحتراز عنها وهذا هو الاستحسان بالضرورة[1].

المثال الرابع:

إذا وقعت نجاسات في الآبار والحياض فالقياس ألا تطهر، لأن آثار النجاسة باقية حتى ولو نزح الماء كله لأن الطاهر يختلط بالجنس فينجس، ولكن إذا نزح بعض الماء كعدد معين من الدلاء فإنها تطهر.

ووجه القياس أنه إذا نزح الماء بقي الطين نجساً ولكن حكم القياس تخلف هنا لضرورة الحاجة إلى الماء، والماء ينزح كله إذا وقع في البئر حيوان كالكلب والشاة والآدمي. أما إذا وقع فيها طائر أو عصفور نزح منها عشرون دلواً إلى ثلاثين، وأما في الروث وما يتخلف عن الدواب وغيرها فلا ينجس الماء. مالم يكن كثيراً في نظر من ينظر إليه.

([1]) ينظر الاختيار لتعليل المختار ١/١٣٣.

وأما وجه الاستحسان أن الحاجة إلى المـــاء مـــن قبيـــل الضرورة ولو حكمنا بنجاسته لكان فى ذلك حرج على الناس فى الحصول عليه.

ولأن ما يقع فى الآبار والحياض مما تعم به البلـــوى ولا يمكن التحرز عنه فلابد فى ذلك من مخالفة القياس(١).

النوع الرابع:

الاستحسان بالمصلحة والمقصود من ذلك أن يكون هنـــاك حكم ثبت بدليل عام وهو القياس ثم تبدوا مصلحة تقتضى مخالفـة هذا القياس فى هذا الحكم مراعاة لمصلحة تعـــود علـــى النـــاس وحفاظاً على حق قد يضيع.

ومثاله فى ذلك عقد المزارعة ينتهى بموت أحد المتعاقدين وهذا فى القياس ولكن خروجاً عن هذه القـــاعدة أنـــه إذا مـــات صاحب الأرض قبل إدراك الزرع يبقى العقد حتى يدرك الـزرع وهذا فى الاستحسان وذلك لمصلحة وهى دفع الضرر عن العامل وورثة صاحب الأرض.

---

(١) فتح القدير على الهداية ٦٧/١، وينظر الاختيار لتعليل المختار ١٧/١.

مثال آخر:

أن الزكاة لها مصارف ثمانية حددهـــم المولـــى تبـــارك وتعالى فى قوله: **﴿إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعـــاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفى الرقاب والغارمين وفى ســـبيل الله وابن السبيل﴾** [١].

والقياس أن الزكاة تصرف لمن حددتهم الآية ولا يدخـــل فيهم فقراء بنو هاشم لقوله صلى الله عليه وسلم[٢]: "أنها لا تحـــل لمحمد ولا لآل محمد"[٣].

وقوله صلى الله عليه وسلم: "إن لهم فى خمس الخمس مـــا يكفيهم"[٤].

ولكن خروجاً عن القياس وهذه القاعده بعد عصر النبـــى صلى الله عليه وسلم وفيما جاء بعده من عصور تاليـــة تغـــيرت

---

(١) سورة التوبة الآية ٦٠.

(٢) ينظر أصول الفقه للشيخ أبى زهـــرة ص٢٦٤: ٢٦٩، وأصـــول الفقـــه للشـــيخ البرديسى ص٣٠٠.

(٣) رواه مسلم عن عبد المطلب بن ربيعه: أن هذه الصدقات إنما هى أوساخ النـــاس، وأنها لا تحل لمحمد ولا لآل محمد. باب تحريم الزكاة على رسول الله صلى الله عليـــه وسلم ٣/١١٨، ورواه أبو داود بلفظ وإنا لا تحل لنا الصدقة. عون المعبود شرح سنن أبى داود ٢/٣٦. طبعة تركيا ١٣٢٩هـ.

(٤) رواه أبو داود فى باب الصدقة على بنى هاشم ١/٢٤٠، ورواه أحمد فى مســـنده ٦/٨ والحاكم فى مستدركه ١/٤٠٤ وأبن أبى شيبه ٣/٦١.

الأمور والأحوال ولم يكن بنو هاشم ظاهرين ومعلومين بين الناس حتى يأخذوا نصيبهم من الخمس لكل ذلك أجاز أبو حنيفة لبنى هاشم أن يأخذوا من الزكاة لأنهم لو لم يعطوا من الصدقة لوقعوا فى حرج شديد. لأنهم لم يعد يصلهم شئ من الخمس الذى كانوا يأخذونه فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وذلك لتفرقهم بين الناس وانتشارهم فيهم فى مختلف البلاد والأمصار فيجوز لهم أن يأخذوا من الصدقة حفاظاً لهم عن الضياع والوقوع فى حرج المسألة والسؤال[1].

المثال الثالث: إذا اشترط البائع على المشترى أن يعطيه رهناً معيناً بالثمن الذى أجله المشترى، وقبل ذلك المشترى فهذا جائز استحساناً.

وفى القياس لا يجوز ويكون البيع فاسداً "لأن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط فى آن واحد"[2].

ووجه الاستحسان هو مراعاة مصلحة البائع وحفظاً لحقه فى ثمن المبيع[3].

---

(1) ينظر الاختيار لتعليل المختار ١٢٠/١: ١٢١، وينظر كشف الأسرار على أصول البزدوى ٦/٤: ٨.

(2) رواه أبو داود فى باب شرط فى بيع رقم ٧٧٥، ط دار الحديث وذكره فى نصب الراية ١٧/٤ ط المكتبة الإسلامية. وينظر الاختيار لتعليل المختار ١٣/٢.

(3) ينظر الاختيار لتعليل المختار ١٣/٢.

المثال الرابع:

القاعدة تقضى عدم تضمين الصناع فيما يكون بين أيديهم من أموال الناس مثل الخياط والصباغ وصاحب المغسلة وغيرهم وهم يقومون بأعمال تغلب عليها الأمانة فلا يضمنوا شيئاً من هذه الأموال فى حالة التلف أو النقد ولكن خروجاً عن هذه القاعدة لمصلحة حفظ أموال الناس أفتى المجتهدون بالتضمين عليهم حتى يكونوا أكثر حرصاً على المحافظة على أموال الناس وإلا لو لم يكن الأمر كذلك أهمل كثير من أصحاب الصناعات فى أموال الناس وضيعوها.

وهذا فى الأمر المعتاد أما إذا خرج الأمر عن المعتاد وكان التلف خارجاً عن إرادته مثل الحريق والسيول التى تهدم المنازل فليس عليهم ضمان[1].

المثال الخامس:

من استخدم أجيراً فى مطبعة يقوم على طباعة الكتب أو حياكة الأثواب أو صنع الحلوى، كما هو موجود الآن فى كثير من الشركات والمحلات.

---

(1) ينظر الاختيار لتعليل المختار ٦٧/٢، وأصول الفقه لزكى الدين شعبان ص١٦٠، وأصول الفقه للشيخ البرديسى ص٣٠٠.

فالقياس والقاعدة ألا يضمن العامل شيئاً مما يهلك فى يـده لأنه بمثابة الأمانة عنده وأن صاحب المال ائتمنه على القيام بهذا العمل نظير أجر معين فإذا هلك هلك أمانة، ولكن خروجاً عـن القاعدة وحتى لا يهمل العمال فيما يسند إليهم من أعمال وأمـوال فما يهلك من هذه الأموال بين أيديهم يهلك بالضمان عليهم مـالم يكن الهلاك خارجاً عن إرادتهم فإذا كان الهلاك خارجـاً عـن الأمر المعتاد فلا ضمان وإلا فعليهم الضمان وعليه الفتوى(1).

النوع الخامس: الاستحسان بالعرف ومعناه.

العدول عن مقتضى القياس إلى حكم أخر جـرى عليـه العرف بالقول أو بالعمل. والأصل فى اعتبار الأخـذ بـالعرف واعتباره قوله صلى الله عليه وسلم: "ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن وما رآه المسلمون سيئاً فهو عند الله سيئ"(2).

والعرف قد يكون بالقول أو بالعمل ومثال العرف القولـى إذا حلف لا يسكن بيتاً فالأصل والقاعدة أنه يحنث بالبيت سـواء كان مسجداً أو بيتاً مسكوناً.

وفى الاستحسان لا يحنث بدخول المسجد لأن العـرف لا يعتبره بيتاً. وإذا حلف لا يأكل لحماً فالقياس أنه يحنث بالسـمك

---

(1) ينظر ما سبق من مراجع.

(2) سبق تخريج هذا الحديث فى أدلة القول بالاستحسان.

وغيره من أنواع اللحم. وفى الاستحسان لا يحنث بأكل السمك لأن العرف لا يسميه لحماً[1].

وإذا حلف لا يجلس على بساط أو تحت سقف أو فى ضوء سراج فالقياس والقاعدة أن يحنث بالجلوس على الأرض لأن الله تعالى سماها بساطاً فقال تعالى: **﴿والله جعل لكم الأرض بساطاً﴾**[2] وقال تعالى: **﴿وجعلنا السماء سقفاً محفوظاً﴾** [3] وقال تعالى: **﴿وجعل القمر فيهن نوراً وجعل الشمس سراجاً﴾** [4].

ولكن خروجاً عن القياس والقاعدة لا يحنث لأن العرف لم يطلق على الأرض بساطاً ولا على السماء سقفاً ولا على الشمس سراجاً[5].

وإذا حلف لا يأكل ميتة أو دماً فالقياس أنه يحنث بأكل السمك والجراد والكبد والطحال. ولكن فى الاستحسان لا يحنث

---

(1) ينظر الأشباه والنظائر للسيوطى ص٩٤ والموافقات للشاطبى ١١٧/٤، أصول الفقه للشيخ البرديسى ص٢٢٩. وينظر الاختيار لتعليل المختار ٥٦/٤، ٦٣، ٦٤.

(2) سورة نوح الآية ١٩.

(3) سورة الأنبياء الآية ٣٢ **﴿وجعلنا السماء سقفاً محفوظاً وهم عن آياتنا معرضون﴾**.

(4) سورة نوح الآية ١٦.

(5) ينظر الاختيار لتعليل المختار ٥٩/٢، ٦٧ وفتح القدير ١٨٥/٧.

لأن العرف لا يسمى السمك والجراد ميتـــه ولا يســـمى الكبـــد والطحال دم.

وأما العرف العملى فمثاله: استئجار مرضعـــة بطعامـــها وكسوتها، فالقياس أنه لا يجوز لأنه استئجار على أجرة مجهولـــة ولكن خروجاً على القياس إلى الاستحسان أنه يجوز لأن العـــادة جرت بين الناس على التوسعة على المرضعات[1].

ويقاس عليه ما تقوم به الخادمات فى هذا العصر فبعـض الناس لا يحدد لها أجرة معينة، ولكن يوسعون عليهم فى الأجـر غير المحدد من الطعام والكسوة وغيرها.

---

(1) ينظر الاشباه والنظائر للسيوطى ص٩٣ وينظـــر أثـــر الأدلـــة المختلـــف فيـــها د/مصطفى ديب البغا ص٢٨٤، ٣٠٧، ٣١٢. وينظر الاختيار لتعليل المختار ٢/٥٩.

المبحث السادس

أحكام أخرى تتعلق بالاستحسان

المطلب الأول

هل يتعدى الحكم المتحسن إلى حكم آخر

المطلب الثاني

فروع مخروجة على الاستحسان

المطلب الثالث

ما يشبه الاستحسان في القانون

خاتمـــة البحـــث

فهرست المراجع والموضوعات

المطلب الأول

هل يتعدى الحكم المتحسن إلى حكم آخر قياسا عليه؟

يجوز أن يتعدى الحكم المستحسن بالقياس إلى صورة أخرى وأما الحكم المستحسن بغير القياس الخفى فلا يجوز تعديته لأنه يتخلف عنه شرط القياس[1].

وشرط القياس، وهو ألا يكون معدولا عن سنن القياس. وأما الحكم المستحسن بغير القياس الخفى كالحكم المستحسن بالأثر وبالإجماع أو بالضرورة فلا يقبل التعدية لتخلف شرط القياس عنه، مثاله: اختلاف البائع والمشترى فى مقدار الثمن قبل قبض المبيع فإذا ادعى البائع زيادة فى الثمن وأنكر المشترى هذه الزيادة فالقياس أن البينة على المدعى واليمين على من أنكر.

والمدعى هنا هو البائع والمنكر هو المشترى وكان الأولى قياسا أن البينة على البائع والحلف على المشترى.

---

(1) كشف الأسرار على أصول البزدوى ١٦/١٥/٤، وشرح المنار وحواشيه ص٨٢٠، ٨٢١، وشرح المنار للكاكى ١٠٦٣/٤، ١٠٦٤، والتوضيح على التنقيح ١٧٨/٢.

ولكن خروجاً عن هذه القاعدة لمصلحة كل منهما يكـــون التحالف بين الاثنين لقوله صلى الله عليـــه وســـلم: "إذا اختلـــف المتعاقدان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا"[١].

إذا تحالف البائع والمشترى فهل يتعدى التحالف بينهما إلى غير البيع كالإجارة والسلم؟.

يجوز أن يتعدى هذا التحالف إلى غير البيـــع كالإجـــارة والسلم والقصارة فى خياطة الأثواب، فـــإذا اختلـــف المؤجـــر والمستأجر فى مقدار الأجرة أو قبل أن يبدأ الخياط فى خياطـــة الثوب تحالف كل منهما، لأن التحالف يدفع الضرر عن الطرفين إذا لم يتفقا معاً على الأجرة، لأن عقد الإجارة قابل للفسخ قبـــل البدء فى العمل، ولأن كل واحد منهما مدعياً ومنكراً فـــى وقـــت واحد، هذا إذا كان الاختلاف بينهما قبل البدء فى العمـــل بـــين صاحب الثوب والقصار.

وأما إذا اختلف البائع والمشترى فى مقدار الثمـــن بعـــد قبض المبيع فليس على البائع حلف إلا بدليل الأثر، لأن البـــائع يدعى والمشترى ينكر فتجب اليمين على البائع لقوله صلـــى الله

---

(١) أبو داود فى البيوع ٣/١٨٥، والدرامى فى البيوع ٢/١١٦ والدار قطنى فى البيوع ٣/٢٠، والترمذى ٣/٥٧٠.

عليه وسلم[1]: "إذا اختلف المتعاقدان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا"[2].

ولفظ التراد فى الحديث يعتبر إشارة إلى أنه إذا كان اختلاف فهذا الاختلاف بعد القبض، والتراد لا يمكن أن يتصور قبل القبض، ولذلك لا يجوز أن يقال: إن الحديث يحمل على ما قبل القبض[3].

إذا مات المتعاقدان أو أحدهما فهل ينتقل التحالف إلى الورثة؟.

إذا اختلف كل من المؤجر والمستأجر أو القصار ورب الثوب قبل استيفاء المعقود عليه ومات أحدهما أو كلاهما ففى جواز التحالف بين الورثة رأيان:

الرأى الأول: وهو للإمام أبى حنيفة والإمام أبى يوسف[4] قالا:

ولا يصح تعديه التحالف بين الورثة، ويكون القول لورثة المستأجر والمشترى أو رب الثوب، ولا يتعدى التحالف إلى

---

(1) كشف الأسرار ١٦/٤، والتوضيح على التنقيح ١٧٨/٢، وشرح المنار للكاكى ١٠٦٤/٤: ١٠٦٥.

(2) سبق تخريج هذا الحديث فى الصفحة السابقة.

(3) ينظر أصول الشيخ البرديسى ص٣٠٧ والشيخ خلاف ص٥٩.

(4) هو يعقوب بن حبيب الأنصارى الكوفى البغدادى أبو يوسف وهو أول من نشر مذهب الإمام أبى حنيفة توفى سنة ١٨٢هـ، الفوائد البهية ص٢٢٥.

الورثة إذا هلك المعقود عليه، وكذلك لا يتعدى التحـــالف إلـــى الورثة فى غير المبيع كالإجارة والسلم والمساقاة وغيرها، أمـــا البيع فمنصوص عليه فى التحالف وانتقاله إلى الورثة وأما السـلم والإجارة والمساقاة وسائر العقود خلاف البيع فليست منصوصـــاً عليها فتكون على خلاف سنن القياس، وإذا كان المقيـــس علـــى خلاف سنن القياس تخلف شرطه وإذا تخلف شـــرط القيـــاس لا يتحقق قياس تخلف شرطه[1].

وقال الإمام محمد رضى الله عنـــه: يجـــوز أن يجـــرى التحالف فى العقود غير البيع، لأن كلا من البائع والمشـــترى أو المؤجر والمستأجر يدعى عقداً والأخر ينكر هذا العقد لأن البيـــع بألف غير البيع بألفين وهذا المعنى يتحقق فى العقد قبل القبـــض، وبعد القبض. فيثبت التحالف فى الجميع، ويتعدى إلى الورثـــة، ويثبت فى الإجارة والسلم، لأن كلا منهما يعتبر عقـــداً مســـتقلاً بنفسه، فيثبت فيه الانتقال والتحالف.

وقد أجيب على كلام الإمام محمد بأنه فى حالـــة إبـــرام العقود سواء كانت بيعاً أم إجارة أو غيرهـــا فإنـــها لا تختلـــف

---

(1) ينظر كشف الأسرار على أصول البزدوى ١٦/٤، ١٧. وشرح المنار وحواشـــيه ص٨٢٢.

باختلاف الثمن، لأن الأثمان قد تزيد، وقد تنقص فما كان بـــألف قد يزيد إلى الفين، وما كان بألفين قد ينقص إلى ألف[1].

وبالموازنة بين كلام الإمامين أبى حنيفة وأبـــى يوســف وكلام الإمام محمد أجد أننى أميل إلى كلام الإمام محمـــد لأنـــه أقرب إلى رفع الضرر عن المتعاقدين فى جميع العقود من ناحية وكذلك رفع الضرر عن الورثة فى جميع العقـــود مـــن ناحيـــة أخرى، لأن الإجارة وغيرها من العقود فيها من الأوصاف مـــا يشبه أوصاف البيع أو ما يقابلها ولأن تعليل الأحكام يبنى علـــى وجود الوصف فى كل من المقيس والمقيس عليه لأن الوصـــف إن وجد فى المقيس وهو نفس الوصف الموجود فى المقيس عليه تكون الواقعتان متماثلتين فيقاس الثانى على الأول وعقـــد البيـــع يقابله عقد الإجارة وعقد المزارعة وعقد المساقاة ومن هنا ملـــت إلى رأى الإمام محمد لأنه أكثر مراعاة للمصلحة.

---

(1) ينظر المغنى للخبازى فى أصول الفقه ص٣٠٨، وينظر شـــرح المنـــار للكـــاكى ١٠٦٤/٤، والتوضيح على التنقيح ١٧٨/٢، وأصول الفقه للشيخ عبد الوهاب خـــلاف ص٥٩.

المطلب الثانى
فروع مخروجة على الاستحسان

المسألة الأولى:

إذا وقع بعر الغنم أو الإبل فى بئر لم يضره ما لم يكن كثيراً وفى القياس ينجس الماء وبناءاً عليه لا يستعمل لأنها نجاسة.

ومخالفة للقياس إذا وقع البعر فى البئر لا ينجس الماء استحساناً لأن هذه الأشياء مما لا يمكن الاحتراز عنها لعموم البلوى فيها، ولأن عامة الآبار تستريح حولها المواشى لقرب الماء والتظلل بالأشجار أو الجدران التى حولها والريح هى التى تلقى بالأشياء فى الآبار[1].

وقال الإمام مالك الأرواث كلها طاهرة لا يترتب عليها نجاسة، وقال الإمام زفر روث كل ما يؤكل لحمه طاهر، وعلى هذا إذا كان الروث كثيراً فعلى رأى الإمام أبى حنيفة ينزح البئر، وأما على رأى الإمام مالك يرفع الروث ولا شئ.

---

(1) ينظر المبسوط للإمام السرخسى ٨٧/١.

وأما على رأى الإمام زفر[1] إذا كان الروث مما يؤكل لحمه فلا شئ وأما إذا كان مما لا يؤكل لحمه فينزح البئر.

وعلى ذلك إذا وقع الروث فى البئر سواء أكان كثيراً أم قليلاً يرفع وتجوز الطهارة به لأن مثل هذه الأشياء من عموم البلوى فى كثير من الأماكن التى تقع فيها الأبار[2].

المسألة الثانية:

إذا حازت المرأة رجلاً فى الصلاة فسدت صلاة من عن يمينها وعن يسارها ومن خلفها بحزائها، وهذا فى الاستحسان عند الحنفية. وفى القياس لا تفسد صلاة الرجل إذا حازته المرأة.

وجه الاستحسان أن الرجل إذا ترك المكان المخصص له فى الصف فسدت صلاته لأن المختار للرجل أن يكون متقدماً على النساء، فإذا وقف خلفها أو جنبها فقد ترك المكان المخصص له وهو التقدم عليهم فتفسد صلاته.

وأما وجه عدم الفساد فى القياس أن الرجل لا تفسد صلاته بمحازاة المرأة لأن محازاة المرأة للرجل ليست بأقوى من محازاة الكلب والخنزير وإذا قلنا بفساد صلاة الرجل عند

---

(1) الإمام زفر بن الهذيل بن قيس البصرى كان فقهياً جمع بين العلم والعبادة امتنع عن القضاء وهدموا منزله ولم يقبله توفى ١٥٨هـ، شذرات الذهب ٢٤٣/١.

(2) ينظر الاختيار لتعليل المختار ٣٢/١.

محازاته المرأة فالأولى أن نقول بفساد صلاة المرأة إذا حــازت الرجل لأن المرأة ليست مطالبة بحضور الجماعة فــى المســجد ولا باختلاف الصفوف.

وعلى ذلك إذا حازت المرأة الرجل فى الصلاة فعلى رأى الحنفية تفسد صلاة الرجل استحساناً وعلي رأى الشافعية لا تفسد صلاة الرجل وتكون صحيحة وهذا ما أميــل إليــه أن محــازاة الرجل للمرأة مكروهة حتى ولو وقفت النساء خلف الإمام ووقف الرجال خلف النساء فلا تفسد صلاة أحد منهم إلا أن ذلك مكـروه للجميع.

ومن ذلك فى هذه الأيام ازدحام المصلين فــى المســجد الحرام فى أوقات معينة يكــون فيــها المســجد مليئــاً بالنــاس وخصوصاً فى شهر رمضان وأشهر الحج فكثــيراً مــا يختلــط الرجال بالنساء وتكون النساء بجوار الرجال فى صفوف متساوية متوازنة مع الرجال وقد تكون النساء متقدمة على الرجــال فــى بعض الأماكن فى المسجد هذا ما رأيناه وعليه فنميل إلى كــلام الشافعية لأنه أيسر على الناس[1].

---

(1) ينظر المبسوط للإمام السرخسى ١٨٣/١، ١٨٤، والاختيار لتعليل المختار ٥٨/١، ٥٩، وينظر الأم للشافعى ١٥٠/١، والشرح الكبير للدسوقى ٣٣٣/١.

المسألة الثالثة:

رجل تصدق بكل ماله ولم ينو الزكاة، فهل تسقط عنه الزكاة؟.

قال الحنفية تسقط عنه الزكاة استحساناً، لأن الواجب عليه جزء من النصاب قال عليه الصلاة والسلام: "في الرقة ربع العشر"(١).

وقال صلى الله عليه وسلم: "في عشرين مثقالاً نصف مثقال"(٢).

وركن الزكاة هو الملك والملك موجود لحصول أداء ما وجب عليه قطعاً، ولما تصدق كان متصدقاً بالجزء(٣).

وإذا كانت النية شرطاً للتعيين فقد أخرج الواجب بتصدقه بالكل.

وقال الشافعية والحنابلة لا يسقط عنه إذا تصدق بكل ماله وهذا في القياس.

وقال ذلك في العناية على الهداية.

---

(١) أخرجه مسلم في الزكاة ٦٧٤/٢، وأبو داود في الزكاة ٣٥٨/١، والترمذي في الزكاة ١٦/٣ ورقم ١٤٩ ومالك في الموطأ ص١٧٥.

(٢) رواه ابن ماجه ٢٩٨/١ بلفظ قريب منه ط مكتبة التربية.

(٣) وينظر الاختيار لتعليل المختار ١٠١/١، والعناية على الهداية ١٢٦/٥.

وجه القياس أن المتصدق بجميع ماله لم ينو أداء الفـرض بما فعل وقد قاسوا ذلك على الصلاة فكمـا أن أداء النفـل فـى الصلاة لا يقوم مقام الفرض، فكذلك الزكاة لأن الصدقة تصلـح تطوعاً وفرضاً مثلها مثل الصلاة فلابد من التعيين لأن النفـل خلاف الفرض فلا يقوم مقامه(١).

المسألة الرابعة:

إذا افتتح التطوع قائماً ثم أراد أن يقعد من غير عذر فلـه ذلك عند الإمام أبى حنيفة استحساناً. وقال الإمامان أبو يوسـف ومحمد(٢) لا يجزيه ذلك قياساً.

وجه الاستحسان:

أن القعود فى التطوع بلا عذر كالقعود فى الفرض بعـذر ولا فرق بين حال الابتداء فى الصلاة أو البقاء فى حال العـذر حتى يسلم.

وأما وجه القياس فهو:

أن الشروع فى التطوع ملزم كالنذر، من نذر أن يصلـى ركعتين قائماً لم يجزؤه أن يصليـهما قـاعداً إذا شـرع فيـهما قائماً(٣).

---

(١) ينظر الأم للشافعى ١٨/٢، والمغنى لابن قدامة ٤٧٧/٢، والعناية شـرح الهدايـة ١٢٦/٥، والاختيار لتعليل المختار ١٠١/١، ١٠٢.

(٢) مرت ترجمة الإئمة الثلاثة أبو حنيفة وصاحبيه.

(٣) ينظر المبسوط للإمام السرخسى ٢٠٨/١، وينظر الاختيار لتعليل المختـار فـى النوافل ٦٧/١.

المسألة الخامسة:

لو غسل الثوب النجس فى إجانة وكرر ذلك أكثر من مرة طهر الثوب استحسانا وفى القياس لا يطهر.

وجه الاستحسان: أن ذلك مما تعم به البلوى ولا يمكـــن الاحتراز عنه فى كثير من الأوقات وهو من الضرورة.

وجه القياس فى عدم الطهارة: أن الثوب النجس دخل فى الإجانة نجسها ولا يطهر حتى يصب الماء عليه صبا[1].

المسألة السادسة:

الخيار جائز لكل من البائع والمشـــترى، وهـــذا باتفـــاق العلماء ولكن هل يجوز لكل منهما أن يشترطه لغيره؟.

يجوز استحسانا وفى القياس لا يجوز ذلـــك وهـــذا عنـــد جمهور العلماء وجه الاستحسان.

أن الخيار كما يثبت للعاقد يثبت لغيره نيابة عنه تصحيحـــا لتصرفه، وأيهما أجاز العقد جاز وأيهما فسخ العقد انفســـخ وإذا أجاز أحدهما وفسخ الآخر فالحكم للأسبق فى الفسخ.

---

(1) ينظر المبسوط للإمام السرخسى ١/٩٢، ٩٣.

وجه القياس:

أن الخيار موجب العقد فلا يجوز اشتراطه لغير العاقد كالثمن لا يجوز اشتراطه على غير المشترى[1].

المسألة السابعة:

إذا اشترط المشترى على البائع أن ينقد الثمن في مدة معلومة فهل يجوز ذلك؟.

ذهب فريق من العلماء إلى أنه يجوز استحساناً وذهب فريق آخر إلى أنه لا يجوز، ولكنهم اختلفوا فى المدة التى يجوز فيها نقد الثمن فالإمام محمد من الحنفية والإمام أحمد بن حنبل قالوا تجوز الزيادة على ثلاثة أيام وقال الإمام أبو حنيفة والإمام أبو يوسف لا تجوز الزيادة. وجه الاستحسان أن الشرط هنا فى معنى شرط الخيار لأنه محتاج إليه فى حالة الفسخ إذا لم يتم العقد فى هذه المدة المعلومة.

ووجه القياس أن هذا الشرط ليس بشرط خيار ولكنه شرط فاسد؛ لأن فيه تعليق البيع على غرر فاشبه مالو باعه شيئاً على شرط قدوم زيد أو قدوم عمرو فيكون هذا باطلاً[2].

([1]) ينظر المجموع للنووى ٢٠٧/٩ والمغنى لابن قدامة ٥٠٤/٣، والاختيار لتعليل المختار ١٢/٢، ١٣.

([2]) ينظر فتح القدير ١١٤/٥، والاختيار لتعليل المختار ١٢/٢، ١٣.

المسألة الثامنة:

إذا اقتدى أمى بقارئ بعد ما صلى ركعة فلما انتهى الإمام قام الأمى لإتمام ما فاته فصلاته فاسدة قياساً وتجزئه في الاستحسان وهذا عند الإمام أبى يوسف والإمام محمد.

وجه القياس أن الأمى عندما اقتدى بالقارئ التزم أداء جميع أركان الصلاة بقراءتها، وقد عجز الأمى عن إتمام القراءة فى الركعة التى سبقته، لأنه منفرد فلا تكون قراءة الإمام له قراءة، وهذا عند الإمام أبى حنيفة.

ووجه الاستحسان أن الأمى يلتزم القراءة ضمناً للاقتداء فى حالة وقوفه خلف الإمام ويعتبر فى حكم المقتدى فيما سبقه به الإمام. لأنه إذا بنى على صلاته كان مؤدياً بعض الصلاة بالقراءة، وهذا إذا كان خلف الإمام فى ثلاث ركعات وبقيت واحدة، وأما إذا كان منفرداً وصلى كان مؤدياً جميع الصلاة بدون قراءة، وأداء البعض مع القراءة أولى من أداء الكل بغير قراءة[1].

---

(1) ينظر المبسوط للإمام السرخسى ١/١٨٣.

المسألة التاسعة:

إذا صلى أربع ركعات نفل ولم يقعد فى الثانية ففى القياس صلاته باطلة وفى الاستحسان صلاته صحيحة.

وجه القياس:

أن كل شفع فى النفل يعتبر صلاة مستقلة تفترض الجلسة فى آخرها وترك الجلسة الأولى كتركها فى صلاة الفجر والجمعة فتبطل الصلاة.

وجه الاستحسان:

أن التطوع أخف من الفرض، ويجوز أداء الفرض بأربع ركعات بقعدة واحدة فيكون أداء النفل أربعاً بقعدة واحدة أولى[1].

المسألة العاشرة:

إذا أقر بمبهم ومفسر، وصورته أن يقول: لفلان على مائة ودرهم أو له على مائة وثوب فإنه يرجع فى المبهم إلى المقر نفسه ويقبل قوله بما يفسر به الإقرار فى كل شئ، ويحلف على ذلك إذا لم يصدقه خصمه وهذا عند الشافعية والمالكية.

وقال الحنابلة: المفسر هو بيان للمجمل وفى رواية أخرى يقبل قول المقر بما يفسر به[2].

(1) المبسوط للإمام السرخسى ١٨٣/١.

(2) ينظر أصول السرخسى ٥٢/٢.

وقال الحنفية: إذا كان المعطوف على المبهم بما يصح تفسيره به فسر به، وإذا كان المعطوف على المبهم بما لا يصح تفسيره به كأن عطف عليه مزروعاً أو مكيلاً أو موزونا لم يكن تفسيراً له ويرجع إلى المقر بالشئ مثاله إن قال: له على مائة قفيز أو قال له على مائة وأردب أوله على مائة وشاة وهذا فى الاستحسان عند الحنفية.

وجه من قال إن الرجوع فى الإقرار بالمبهم إلى المقر أن العطف يقتضى المغايرة، ولا تكون المعاملات إلا فيما هو متيقن به وليس على سبيل الظن وهنا لا يوجد دليل يدل على أن المعطوف عليه هو من جنس المعطوف سواءا أكان دراهم أم دنانير ولو جاز أن يكون المبهم وهو المعطوف عليه من نفس جنس المفسر ودليلاً عليه كان ذلك دليلاً على أن قوله: لفلان على ألف وعبد أن المطلوب ألف عبد وعبداً، وعلى ذلك لابد من الرجوع[1] إلى المقر نفسه.

وجه من قال إن المفسر بيان للمجمل ومن نفس جنسه أن العرب يكتفون بتفسير بعض الجمل بالبعض الآخر كقوله

([1]) ينظر الأم للشافعى ٣٢٣/٦: ٣٣٣، وينظر المغنى لابن قدامة ١٣٢/٥.

تعالى: **﴿ما أشهدتهم خلق السموات والأرض ولا خلق أنفسهم وما كنت متخذ المضلين عضداً﴾** (١).

فالجزء الأول وهو صدر الآية أغنى ببيانه عن بيان الجزء الثانى وهو العجز، والمعنى المراد من الآية.

ما أشهدتهم خلق السموات والأرض ولا أشهدتهم خلق أنفسهم. وكذلك قوله تعالى: **﴿عن اليمين وعن الشمال قعيد﴾** (٢).

والمعنى المراد من الآية – أى عن اليمين قعيد وعن الشمال قعيد – فاكتفى بتفسير الجزء الأول عن الثانى(٣).

وجه قول الحنفية فى الاستحسان: أن التكرار فى الأعداد يستثقل ذكره فيكتفى بذكره عقب العددين فيقول مثلاً: له على مائة ودرهم، وكثرة الاستعمال فى الشئ المكرر تكون فيما يكون وجوبه كثيراً وهذا لا يكون إلا فى الدراهم والدنانير والمكيل والموزون أما فيما لا يكال ولا يوزن فلا يكثر الوجوب فيه ولا يثبت فى الذمة إلا فى القليل(٤).

---

(١) سورة الكهف آية ٥١.

(٢) سورة ق آية ١٧.

(٣) ينظر المغنى لابن قدامه ١٣٢/٥.

(٤) ينظر فتح القدير ٢٩٨/٦: ٢٩٩، والاختيار لتعليل المختار ١٣٠/٢، وينظر الأدلة المختلف فيها د/ مصطفى ديب البغا ص١٧٢.

المسألة الحادية عشرة:

اشترك جماعة فى سرقة شئ من حرز فهل يقطع الجميع أم يقطع البعض دون البعض الآخر؟ إذا اشتركوا فى السرقة فأخرج بعضهم المتاع والبعض الآخر ينتظرون فى الخارج، قطع الجميع استحسانا عند الحنفية وفى القياس يقطع من قام بالأخذ وهذا عند الشافعية.

وجه الاستحسان عند الحنفية:

أن الجميع مشتركون فى جريمة السرقة وهم متعاونون وقد جرت العادة عند اللصوص أن يقسموا أنفسهم إلى قسمين قسم يقوم بتنفيذ الجريمة بإخراج المسروقات وقسم آخر يقوم بالحماية والدفاع إن لزم الأمر، ولو قلنا إن القطع على من قاموا بإخراج المتاع فقط يكون سدا لباب الحد[1].

وقال الشافعية: لا يقطع إلا من قام بأخذ المتاع فقط فلو دخل جماعة بيتا وأحدثوا فيه نقبا وأخرج بعضهم المتاع وانتحى البعض الآخر جانبا فالقطع على من أخرج المتاع من جوف البيت. وهذا فى القياس.

---

(1) الاختيار لتعليل المختار ١٠٥/٤.

وجه القياس عند الشافعية:

أن إخراج المتاع قد وجد عند من قام به فقط فكأنه بذلك منفرداً فلا يقطع إلا الذى قام بالإخراج[1].

وكلام الحنفية هنا بعد التأمل فيه يتبين أنه أكثر دقة فى حفظ الأموال ولو أخذ بالقياس هنا فى هذه المسألة لكان ذلك ذريعة لمعاودة السرقة من الذين يفلتون من القطع أو ينتحون جانباً.

---

(1) الأم للشافعى ١٣٧/٦، ومغنى المحتاج ١٧٢/٤، وذكر فى الاختيار تفصيلاً فقال: وإذا دخل جماعة الحرز وتولى بعضهم الأخذ قطعوا جميعاً إن أصاب كل واحد منهم نصاباً لأن الأخذ وجد من الكل فتحقق معنى التعاون كما فى قطع الطريق وإذا كان كل واحد منهم أقل من النصاب فلا قطع. ينظر الاختيار لتعليل المختار ١٤١/٤، وينظر الأدلة المختلف فيها د/ مصطفى ديب البنا ص ١٧٦.

المطلــب الثالــث

ما يشبه الاستحسان فى القانون

الذى يشبه الاستحسان فى القانون مـــا يســمى بالســلطة التقديرية للقاضى، لأن القاضى قد يطرأ له ما يجعلــه يخــالف القاعدة التى يسير عليها لضرورة أو لمصلحة أو لعرف.

ومثال ذلك:

جاء فى كتاب الوسيط للسنهورى أن المادة رقم ٨٠٢ من القانون تنص على أنه: (لمالك الشئ فى حــدود القــانون حــق استعماله و استغلاله والتصرف فيه).

ويتضح من هذا النص أن المالك له حق التصــرف فــى ملكه ولكن هذا التصرف ليس مطلقاً فيجب أن يكون التصــرف فى الملك صادراً عن باعث جدى لا يتسبب فى ضرر الآخريــن ونصت المادة ٨٠٧ من القانون المدنى علــى أنــه: (لا يجــوز للمالك أن يغلو فى استعمال حقه إلى حد يضــر بملــك الجــار) ويستفاد من ذلك أنه للمالك الحرية فى استعمال حقه ولكن بشرط ألا يتسبب فى ضرر الغير.

وإذا خرج المالك عن المألوف فى اســتعمال حقــه فــإن القاضى له سلطة فى توقيع العقوبة المناسبة لإزالة الضرر عــن

الجار وعلى هذا يمكن للقاضى أن يزيل الضرر كلياً أو يزيل الضرر عن طريق تعويض المتضررين، وهذه سلطة تقديرية خولها القانون للقاضى باعتبارها مسألة موضوعية[1].

وقد يتطلب الأمر وتقضى الضرورة بإزالة الضرر كلياً وذلك محافظة على شعور الناس أو أموالهم أو عدم إيذائهم أدبياً.

وهذه السلطة مخولة لقاضى الموضوع بإزالة الضرر من مصدره كإزالة المصنع الذى يتسبب فى تلوث البيئة وحوله مجموعة من المساكن.

وكذلك للقاضى سلطة تقديرية فى تقدير التعويض الذى يستحقه المتضررون من الجار حتى ولو كان المالك قد تصرف فى ملكه ببناء حائط أو إقامة سور يشكل ضرراً بالغاً على الجار كأن يمنع عنه الهواء والشمس أو يتسبب له فى ضيق الممر فيجوز للقاضى أن يحكم بإزالة الجزء المتسبب فى ضرر الجار حتى ولو كان فى ملك صاحب الأرض نفسه[2].

---

(1) ينظر الوسيط د/ السنهورى ٨/٤٩٢، ط١٩٦٧م، وشرح القانون المدنى د/عبد المنعم البدراوى ط١٩٨٦م.

(2) الحقوق العينية د/ توفيق فرج ص ١٥٩: ١٦١.

وهذا كله مستمد مما جاء فى الحديث الشريف الذى يقول فيه النبى صلى الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرار"[1] وكذلك قاعدة الضرر يزال، وكذلك قاعدة الضرر لا يزال بالضرر[2].

وتنص المادة ٨٠٨ من القانون المدنى على أن القاضى له الحق فى إلزام المالك فى أن يدفع الضرر عن الغير إذا كان استعماله لحقه يمكن أن يضر الغير كان يكون له مسقاة يسقى منها زرعة أو يكون له مصرف يروى منه أرضه وهناك أرضا للغير يصيبها البوار إذا اقتصر المالك على استخدام حقه فقط.

فهنا للقاضى سلطة إلزام صاحب الملك أن يروى أرض الغير مادام فى إمكانه ذلك وفى دائرة أرضه[3]. وهذا فى حق الشرب موجود فى الشريعة الإسلامية بدون الحاجة إلى القانون ولذلك يقول صاحب الاختيار فى تعليل المختار إن حق الشرب يورث ويوصى بمنفعته، ومياه البحر مشتركة بين الناس جميعا،

---

(١) أخرجه أحمد فى المسند مع تقديم بعض الألفاظ على بعض ٣١٣/١، وأخرجه الإمام أحمد أيضا فى ٣٢٦/٥، وابن ماجه فى كتاب الأحكام بلفظ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى أن لا ضرر ولا ضرار والحاكم فى المستدرك ٥٧/٢ والبيهقى فى السنن ٦٩/٦.

(٢) ينظر الاشباه والنظائر للسيوطى ص٨٣: ٨٦.

(٣) الوسيط فى القانون المدنى د/ السنهورى ٧١٣/٨.

وكذلك مياه الأنهار كجيحون وسيحون والنيل والفــرات ودجلــة فالناس مشتركون فيها جميعاً.

قال عليه الصلاة والسلام: "الناس شركاء فى ثلاث المــاء والكلاء والنار"(١).

ومنها الشرب ولو كان نهر بين جماعة فــاختصموا فــى الشرب فالماء بينهم على قدر أراضيهم وليس للأعلى أن يسكر(٢) الماء على الأدنى حتى يستوفى بتراضى الآخرين(٣).

---

(١) هذا الحديث أخرجه أبو داود فى البيوع باب رقم ٦٠ وابن ماجه فى الرهن بــاب ١٦ وأحمد فى المسند ٣٦٤/٥.

(٢) سكر النهر أى سده، ينظر المصباح المنير ٣٠١/٢.

(٣) الاختيار لتعليل المختار ٧٢/٣: ٧٣.

الخاتمـــة

الآن وبعد أن استعرضت أقوال العلمـــاء فـــى دليـــل الاستحسان ووجدت أن الإمام الشافعى رضى الله عنه، لا ينكـــر الاستحسان من غير دليل، وهذا واضح من عباراته التى ذكرتـــها فى أول البحث عند الكلام على قول الشـــافعية، وذكـــرت هـــذه الأقوال التى استمدها الشافعية من كتاب الأم وكتـــاب الرســـالة للإمام الشافعى ومن أهم هذه الأقوال: قول الشافعى رضـــى الله عنه فى كتاب الرسالة: والاجتهاد لا يكون إلا علـــى مطلـــوب، والمطلوب لا يكون إلا على عين قائمة[1]، ويقصد بالعين الدليـــل والحجة وقال أيضاً:

وإنما الاستحسان تلذذ، ولا يقول به إلا عـــالم بالأخبـــار عاقل للتشبيه[2]، وإذا كان هكذا كان على العالم إلا يقول إلا مـــن جهة العلم.

ويقول فى كتابه الأم: ولا يؤمر أحد أن يحكم بـــالحق إلا وقد علم الحق، ولا يكون معلوماً إلا عن الله نصاً أو دلالة فـــى

(1) الرسالة فقرة ١٤٥٦.

(2) الرسالة فقرة ١٤٦٤، ١٤٦٥، ١٤٦٦.

الكتاب والسنة، ومن استجاز، أن يحكم أو يفتى بــلا خــبر لازم ولا قياس عليه فكأنه يقول: افعل ما هويت[١].

وفى قول الشــافعى بــلا خــبر ولا قيــاس، قلــت: إن الاستحسان قسم من القياس، ولا يوجد مجتهد يقول بــهواه فــى أحكام الله تعالى، وقد سقنا نماذج من مسائل قــال فيــها الإمــام بالاستحسان. وأما إذا رجعنا إلى كلام المالكية فى الاستحســان فنجد أن الإمام مالك يقول: الاستحسان تسعة أعشار العلم ويقــول الشيخ أصبغ بن الفرج: إن المغرق فى القياس يكاد يفارق السنة، وإن الاستحسان عماد العلم[٢].

وقال الإمام الشاطبى كلاماً طيباً جداً فى هذا الموضــوع فما قاله: إن الأدلة على التوسعة ورفع الحرج كلها، فــإن فــى غالبها سماح فى عمل غير مشروع فى الأصل، لما يؤول إليــه من الرفق المشروع ولا معنى للإطناب بذكرها واشتهارها.

قال ابن العرى: اختلف الناس بزعمهم فيها وهى متفــق عليها بين العلماء فافهموها وادخروها ثم قال الإمام الشــاطبى: وهذا الأصل يبنى عليه قواعد[٣].

---

(١) الأم للشافعى ٣٠١/٨، ٣٠٢.

(٢) الموافقات للشاطبى ١٣٧/٤.

(٣) ويقصد بالأصل وهو أصل التوسعة ورفع الحرج.

منها قاعدة سد الذرائع، وهى معروفة.

ومنها قاعدة مراعاة الخلاف[١].

ومنها قاعدة الاستحسان التى نحن بصددها[٢].

وقد قال فى نشر البنود عن الاستحسان: الاستحسان الذى قال به المالكية هو الأخذ بأقوى الدليلين[٣]، وقد أشرت إلى كلام السادة الحنابلة فى المسألة فقلت: إن الإمام أحمد يقول بالاستحسان وكثير من الحنابلة منهم القاضى أبو يعلى، وأبو الخطاب، والإمام ابن تيمية. وهذا واضح من كلامهم فى العدة للقاضى أبى يعلى حيث ساق عدة روايات للإمام أحمد يقول فيها بالاستحسان. وذكر أمثلة من الكتاب والسنة وأقوال الأئمة فى الاستحسان وقد سقت كثيراً من كلام الإمام القاضى فى الكلام عن الاستحسان عند الحنابلة[٤].

وقد أشرت إلى كلام ابن حزم بأنه قال: والحق لا يكون فى الاستحسان من غير دليل[٥].

---

(١) ومعناها إذا وقع ممنوع مختلف فيه فى الشرع فلا يكون ايقاع هذا الممنوع سبب فى الحيف على المكلف. الموافقات ١٣٢٠/٤.

(٢) ينظر الموافقات ١٣٠/٤: ١٣٧ وهى الأخذ بأقوى الدليلين.

(٣) نشر البنود على مراقى السعود ٢٥٥/٢.

(٤) يبصر كلام الإمام القاضى أبى يعلى ١٦٠٤/٥: ١٦٠٩.

(٥) ابن حزم ٧٥٧/٦.

وقال الشيخ محمد تقى الحكم بما قال بــه المالكيــة بــإن الاستحسان هو الأخذ بأقوى الدليلين، وهذه العبارة لم يخرج عــن مقتضاها كلام الحنفية حيث إنهم يرجحون دليلا على دليل آخــر، إما لنص أو لإجماع أو لقياس أثره أقوى مــن قيــاس آخــر أو مصلحة أو عرف وقد أشرت إلى كل هذا وأختتم الخاتمة بقــول الإمام السرخسى: الاستحسان فى لسان الفقهاء نوعان:

الأول هو العمل بالاجتهاد وغالب الرأى فى تقديــر مــا جعله الشرع موكولا إلى آرائنا نحو المتعة المذكورة فــى قولــه تعالى: **﴿متاعا بالمعروف حقا على المحسنين﴾** [١]. أوجب ذلــك بحسب اليسار والعسرة، وشرط أن يكون بالمعروف وكذلك فــى قوله تعالى: **﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾**[٢] ولا يظن أن أحدا من الفقهاء يخالف هذا النوع من الاستحسان.

وأما النوع الثانى:

وهو الدليل الذى يكون معارضا للقياس الظــاهر الــذى تسبق إليه الأفهام قبل إمعان التأمل فيه وبعد التــأمل يظــهر أن الدليل الذى عارض القياس هو أقوى فيكــون العمــل بــه هــو الواجب فسموا ذلك استحسانا ليظهر الفرق بيــن دليــل القيــاس

---

(١) سورة البقرة آية ٢٣٦.

(٢) سورة البقرة آية ٢٣٣.

الأول والدليل المعارض لأن الحكم بالدليل المعارض يمال إليه لكونه مستحسناً[1].

وبهذا يتضح من كلام أئمة الحنفية أن الاستحسان ما هو إلا دليل رجح على دليل آخر وهذا مما لا يختلف فيه أحد في الأخذ بالراجح[2].

وهذه ما اجتهدت فيه قدر استطاعتى فى دليل الاستحسان، وما دار حوله من أقوال العلماء وما قالوه فى هذا الدليل بين مقر به ومنكر له. فإن كنت قد وفقت فى هذا البحث فلله الحمد والمنه، وإن كنت قد قصرت فيه فهذه طبيعة البشر.

وأرجو من الله العفو والمغفرة،

والحمد لله رب العالمين

(1) أصول الإمام السرخسى ٢/٢٠٠.

(2) ينظر نشر البنود على مراقى السعود ٢/٢٥٥.

الفهـــرس ويشتمـــل علـى الآتــي

أولاً : فهرست الآيات التى وردت فى البحث :

الآيــة	رقم الآية	رقم الصفحة
البقرة:		
آلم ذلك الكتاب لا ريب..................	١، ٢	٤
ولا يحيطون بشيء من علمه............	٢٥٥	٤٤
يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر.....	١٨٥	٧٧
فمن شهد منكم الشهر فليصمه............	١٨٥	٩٣
ثم أتموا الصيام إلى الليل................	١٨٧	١١٥
الذين قالوا إنما البيع مثل الربا............	٢٧٥	٦٠
لا يكلف الله نفساً إلا وسعها.............	٢٨٦	٩٣
النساء:		
من بعد وصية يوصى بها أو دين.........	١١	١١٦
يا أيها الذين آمنوا إذا ضربتم فى سـبيل الله فتبينوا..........................	٩٤	٨٠
ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً	١٤١	١٢١
المائدة:		
وأن احكم بينهم بما أنزل الله............	٤٩	٤٥
فمن اضطر فى مخمصة غير متجانف لإثم.	٣	٩٤
الأنعام:		
اتبع ما أوحى إليك من ربك.............	١٠٦	٤٥
الأعراف:		
وأمر قومك يأخذوا بأحسنها.............	١٤٥	١٣

ثانياً: فهرست الأحاديث التى وردت فى البحث:

ثالثاً: فهرست الأعلام التى وردت فى البحث:

م	اسم العلم		الصفحة
١	إبراهيم بن أحمد	بن شاقلا	٥٧
٢	إبراهيم بن على بن يوسف	الشيرازى	٤٨
٣	إبراهيم بن موسى	الشاطبى	٤١
٤	أبو أحمد المروزى	المروزى	٥٥
٥	أحمد تقي الدين	ابن تميمة	٥٢
٦	أحمد بن حنبل	صاحب المذهب	١٦
٧	أحمد بن علي	الجصاص	٥٦
٨	الإمام زفر بن الهذيل	صاحب أبي حنيفة	١٣٧
٩	أصبغ المالكي	أصبغ	٦٨
١٠	القاضى أبو الحسين البصرى	صاحب المعتمد	٥٦
١١	صالح بن الإمام أحمد	صالح	١٦
١٢	صالح بن علي النوفلي	الميمون	٥٥
١٣	صفى الدين الهندى	أبو عبد الله	٧٢
١٤	عبد اللطيف بن عبد العزيز	ابن ملك	١٨
١٥	عبد العزيز بن أحمد	البخارى	١٧
١٦	عبد الوهاب بن علي	ابن السبكى	١٥
١٧	عبد الله بن قيس	أبو موسى الأشعرى	٥
١٩	عبيد الله بن الحسن بن دلال	الكرخى	١٧
٢٠	عبيد الله بن مسعود	صدر الشريعة	١٨
٢١	علي بن أبي على	الآمدى	٤٨
٢٢	على بن محمد بن الحسين	البزدوى	١٧

رابعاً: فهرست المصادر

أولاً: القرآن الكريم.

ثانياً: التفسير وعلوم القرآن.

- فتح القدير للإمام الشوكاني محمد بن على الشوكاني م ١٢٥٠هـ ط مصطفى الحلبى متوفى.
- مفاتيح الغيب المسمى بالتفسير الكبير للإمام فخر الدين الرازى م ٦٠٦ ط دار الفكر بيروت.

ثالثاً: السنة وعلومها

- سنن الترمذى الإمام الحافظ أبي عيسى م ٢٧٩ هـ ط الحلبي.
- سنن أبي داود سليمان السجستاني م ٢٧٥، بيروت.
- سنن البيهقى م ٤٥٨ هـ ط دار الفكر.
- سنن ابن ماجه للإمام أبى عبد الله القزوينى م ٣٠٣ هـ ط الحلبى.
- سنن النسائى للحافظ أحمد بن شعيب النسائى م٣٠٣هـ ط دار الطباعة.
- سنن الدارقطنى الحافظ على بن عمر الدرقطنى م ٣٥٨ ط دار المحاسن.
- صحيح البخارى الإمام بن محمد بن إسماعيل البخارى م ٢٥٦ هـ د بيروت.
- صحيح مسلم الإمام أبى الحسين مسلم بن الحجاج النيسابورى م ٢٦١هـ ط الحلبى.
- صحيح الحاكم الإمام أبى عبد الله النيسابورى م ٤٠٥ هـ ط الهند.
- عون المعبود شرح سنن أبى داود ط المكتبة السلفية.

- كشف الخفا ومزيل الإلباس للعجلوني م ١١٦٢ هـ ط مؤسسة الرسالة.
- مسلم الإمام أحمد بن حنبل م ٢٤١ هـ ط دار صادر.
- مسند بشرح النووى م ٧٦٦ هـ ط دار الفكر.
- المصنف لعبد الرزاق الصنعانى م ٢١١ هـ ط المجلس العلمى بالهند.
- موطأ الإمام مالك م ١٧٩ هـ ط دار الشعب.
- نصب الراية فى تخريج أحاديث الهداية عبد الله بن يوسف الحنفى الزيلعى م ٧٦٢ هـ ط الهند.
- اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان للأستاذ محمد فؤاد عبد الباقى ط دار السلام.

رابعاً: كتب الأصول

- البحر المحيط للزركشى م ٧٩٤ هـ ط الكويت.
- التبصرة للشيرازى م ٤٧٦ هـ ط دمشق.
- التقرير والتحبير لابن أمير الحاج م ٨٨٩ هـ ط بولاق.
- التخليص لإمام الحرمين م ٤٧٨ هـ ط البشائر.
- التوضيح على التنقيح لصدر الشريعة م ٤٧١ هـ دار الكتب العلمية.
- التنقيحات للسهروردى م ٥٨٧ ط جامعة أم القرى.
- أثر الأدلة المختلف فيها مصطفى ديب البغا ط دمشق.
- جامع الأسرار شرح المنار للكاكى م ٤٧٩ هـ ط نزار مصطفى.
- الرسالة للشافعى م ٢٠٤ هـ ط دار الفكر.
- الأحكام للآمدى م ٦٣١ هـ دار الفكر.
- الأحكام لابن حزم م ٤٥٦ هـ دار الحديث.

- أصول الشيخ أبو زهرة ط دار الفكر.
- أصول زكى الدين شعبان ط التأليف.
- أصول السرخسى ط دار الكتاب العربى.
- أصول عبد الوهاب خلاف ط دار القلم.
- أصول الشيخ محمد البرديسى ط المكتبة الفيصلية.
- شرح العضد على ابن الحاجب م ٧٥٦ هـ ط الكليات الأزهرية.
- شرح الكوكب المنير لابن النجار م ٦٣٢ هـ ط جامعة الملك عبد العزيز.
- قاعدة فى الاستحسان لابن تيمية م ٧٢٨ هـ ط دار عالم الفوائد.
- قواطع الأدلة لابن السمعانى م ٤٨٩ هـ ط نزار مصطفى.
- كشف الأسرار على أصول البزدوى للبخارى م ٧٣٠ هـ دار الكتب العلمية.
- مختصر ابن الحاجب م ٤٤٦ هـ ط الكليات الأزهرية.
- المستصفى للغزالى م ٥٠٥ هـ ط الأميرية.

خامساً: كتب الفقه

- حاشية البقرى على شرح الرحبيه ط محمد على صبيح.
- حاشية الدسوقى على الشرح الكبير م ١٢٣٠هـ ط عيسى الحلبى.
- الاختيار للتعليل المختار لابن مودود م ٦٨٣ هـ ط دار المعرفة.
- الاشباه والنظائر للسيوطى م ٩٠٢ هـ ط دار الكتب العلمية.
- الأشباه والنظائر لابن نجيم ط حسان.
- العناية على الهداية للعينى البابرتى م ٧٨٦ هـ ط بولاق.
- المبسوط للسرخسى م ٤٩٠ هـ ط دار المعرفة.
- المجموع للنووى ط زكريا على يوسف.

- مجموع الفتاوى لابن تيمية ط ١٣٩٨هـ.
- المغنى لابن قدامه المقدسى ط المكتبة الأزهرية.

سادساً: كتب قانونية

- الحقوق العينية للدكتور توفيق خرج ط مؤسسة الثقافة الجامعية ١٩٨٦م.
- شرح القانون المدنى الدكتور عبد المنعم البدراوى ط ١٩٨٦م.
- الوسيط فى القانون المدنى الدكتور السنهورى ط ١٩٦٧م.

سابعاً: كتب اللغة والتراجم

- لسان العرب لابن منظور ط دار الكتب العلمية.
- مختار الصحاح لأبى بكر الرازى ط دار الكتب العلمية.
- المصباح المنير أحمد المقرى للفيومى ط دار الكتب العلمية.
- المعجم الوسيط مجمع اللغة العربية ط طهران.
- تاج التراجم لابن قطلوبغا ط كراتشى.
- الجواهر المضيئة فى طبقات الحنفية ط عيسى الحلبى.
- تهذيب التهذيب لابن حجر ط دائرة المعارف العثمانية.
- الدرر الكامنة لابن حجر ط الحلبى.
- الديباج المذهب لابن فرحون ط دار التراث.
- شذرات الذهب لابن العماد ط دار إحياء التراث.
- الأعلام للزركلى ط دار الكتب العلمية.
- الفوائد البهية فى تراجم الحنفية للكنوى ط دار المعرفة بيروت.
- وفيات الأعيان لابن خلكان م ٦٨١ ط دار صادر بيروت.
- الفتح المبين للمراغى ط محمد أمين دمج.

فهرست الموضوعــات

رقـــم الإيـــــداع بدار الكتب

١٦٦١ - ٢٠٠٠

١٩٩٩/١٢/٢٦